

Begrepet «offentlig fremføring» i åndsverkloven §§ 42, 45 og 45b.

Kandidatnummer: 515

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 16261



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	De nærmere problemstillingene	3
1.4	Begrepsavklaringer	4
1.5	Rettskilder og metode	4
1.6	Den videre fremstilling	8
2	BEGRUNNELSEN FOR OPPHAVSRETT, VERNET AV UTØVENDE KUNSTNERES PRESTASJONER OG FILM- OG FONOGRAMPRODUSENTERS OPPTAKSRETTIGHETER	9
2.1.1	Nærmere om rettighetshavers økonomiske interesser som det sentrale hensynet bak tolkningen av begrepet «offentlig fremføring»	15
3	TOLKNINGEN AV BEGREPET «OFFENTLIG FREMFØRING»	19
3.1	«Fremføring»	19
3.2	«Offentlig»	25
3.2.1	Fastlegging av begrepet «offentlig» basert på domsanalyse	30
3.2.1.1	Vurderingsmoment 1: Omfanget av og forholdet til den kretsen et verk eller et opptak fremføres for	30
3.2.1.2	Vurderingsmoment 2: Forutsatt at det er en sluttet krets, må medlemmene ha en tilknytning til hverandre	33
3.2.1.3	Vurderingsmoment 3: Fremføring av et verk kan indirekte øke inntektene ved at det skaper trivsel for de som spiller for seg selv	36

3.2.1.4	Vurderingsmoment 4: Fremføring av et verk kan indirekte øke inntektene ved at det skaper trivsel for de som spiller, fordi andre hører det.....	38
3.2.1.5	Vurderingsmoment 5: Fremføring av et verk foretas med vinning for øye.....	39
3.2.1.6	Oppsummering av hva som ligger i begrepet «offentlig».....	42
3.2.2	Nærhetskravet.....	43
3.2.2.1	Fastlegging av nærhetskravet basert på domsanalyse.....	45
3.2.2.2	Oppsummering av hva som ligger i nærhetskravet.....	50
3.2.2.3	Noen spesielle bemerkninger om Gramodommen.....	50
3.2.2.4	Fortsettelse av nærhetskravet – nærhetskravet ved linking.....	52
4	LITTERATURLISTE	59

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Tema for oppgaven er en nærmere fastleggelse av begrepet «*offentlig fremføring*» i lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2 (heretter «åvl.») §§ 42, 45 og 45b.

Begrepet «*offentlig fremføring*» er tidligere blitt tolket vidt i rettspraksis. Det er avsagt en ny dom av EU-domstolen den 15. mars 2012 i sak C-135/10 (heretter «Tannlegepraksis»)¹ om avspilling av musikk i en tannlegepraksis som legger føringer på norske domstolars tolkning og anvendelse av begrepet «*offentlig fremføring*». Dommen skiller seg fra tidligere norsk, nordisk og EU-domstolens rettspraksis fordi det kan sies at EU-domstolen tolket begrepet «*offentlig*» innskrenkende. I tillegg har det kommet en ny dom som er avsagt av Asker og Bærum tingrett den 2. november 2012 (heretter «Gramo»)² om det samme tema og som i en viss grad samsvarer med tidligere praksis. Dommen er anket, men det er foreløpig ikke bestemt en dato for behandling i lagmannsrett. I nevnte dom illustreres det at den teknologiske utviklingen hvor flere ulike former for avspillingskomponenter smelter sammen til ett for personlig interaktiv bruk kan gjøre det vanskeligere å avgjøre om noen kan anses å foreta en «*offentlig fremføring*». Disse nye dommene har initiert en debatt om tolkning av hva som ligger i begrepet «*offentlig fremføring*» og dette er også tema for oppgaven. Gjennom en analyse av de dommene nevnt ovenfor, samt tidligere norsk og nordisk rettspraksis og EU-dommer vedrørende tolkningen av begrepet, vil denne oppgaven vurdere hva som per i dag kan sies å ligge i dette begrepet.

¹ Sak C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso.

² TAHER-2012-73209.

1.2 Avgrensning av oppgaven

I oppgaven skal begrepet «*offentlig fremføring*» tolkes. Åndsverklovens bestemmelser regulerer både rettigheter for opphavsmenn til åndsverk og nærstående rettighetshavere. Bestemmelsene i §§ 2, 42 og 45 gir henholdsvis opphavsmenn og de nærstående rettighetshaverne, utøvende kunstnere og film- og fonogramprodusenter, en enerett til utnyttelse av verk, prestasjoner og opptak de har frembrakt. Eneretten til opphavsmenn betegnes som opphavsrett. De nærstående rettighetshaveres rettigheter betegnes på sin side som nærstående rettigheter eller naborettigheter. Nærstående rettigheter er mer konkret utøver-, film- og fonogramprodusentrettigheter. Opphavsrett og utøver-, film- og fonogramprodusentrettigheter omfatter eneretten til eksemplarframstilling, jfr. åvl. §§ 2 første og annet ledd, 42 første ledd litra a) og b) og 45 første ledd første punktum. Videre omfatter opphavsrett og utøver-, film- og fonogramprodusentrettigheter eneretten til *tilgjengeliggjøring for allmennheten*, jfr. åvl. § 2 første og tredje ledd, § 42 første ledd litra c) og § 45 første ledd. Det er imidlertid retten til *tilgjengeliggjøring for allmennheten* ved «*offentlig fremføring*» som er emneområdet for oppgaven.

«*Offentlig fremføring*» for rettighetsgruppene som er nevnt omfatter to strukturer. For opphavsmenn er «*offentlig fremføring*» en ren enerett, det vil si at det må innhentes samtykke fra opphavsmannen for enhver «*offentlig fremføring*». For nærstående rettighetshavere, utøvende kunstnere og fonogramprodusenter, er deler av tilgjengeliggjøringsretten ved «*offentlig fremføring*» belagt med en vederlagsrett, det vil si at brukeren av nærstående rettigheter ikke trenger å innhente samtykke til bruken, men plikter å betale for den, jfr. åvl. §§ 45b første ledd første punktum og 45 første ledd annet punktum.³ I tilfeller hvor den enkelte bruker selv velger tid og sted for tilgang til opptaket, har rettighetshaverne imidlertid også en enerett, jfr. §§ 42 første ledd litra c) annet punktum, 45 første ledd annet punktum og 45b første ledd annet punktum.

³ Tøien (2013).

Innholdet av begrepene *tilgjengelig for allmennheten* og «*offentlig fremføring*» som følger av bestemmelsene i §§ 42 første ledd litra c), 45 første ledd og 45b) første ledd er det samme som følger av bestemmelsen i åvl. § 2 første og tredje ledd litra c). Åvl. § 2 er derfor relevant ved fastleggelsen av innholdet i begrepet «*offentlig fremføring*» i åvl. §§ 42, 45 og 45b.⁴ Da oppgavens tema er begrepet «*offentlig fremføring*» er det naturlig å avgrense oppgaven mot eksemplarframstilling i åvl. §§ 42 første ledd, 45 første ledd, 2 første og annet ledd og tilgjengeliggjøring for allmennheten ved spredning og visning i henholdsvis tredje ledd litra a) og b).

1.3 De nærmere problemstillingene

Denne oppgaven vil behandle tre problemstillinger. Den første problemstillingen er hvilke handlinger som anses som «*fremføring*». Den andre problemstillingen er hvilke fremføringshandlingene som anses som «*offentlig*». Videre vil spørsmålet om det bør trekkes en grense for hvilke handlinger som anses som «*offentlig fremføring*» bli behandlet. Dette spørsmålet er om fremføringshandlingen oppfyller kravet til *nærhet og umiddelbarhet* til *offentligheten, allmennhetens tilgang til* opptaket eller verket. Når den aktuelle handling ikke anses å oppfylle kravet til nærhet og umiddelbarhet til *offentligheten*, anses den ikke som en «*fremføring*». På grunn av dens naturlige tilknytning til offentlighetsspørsmålet vil spørsmålet bli behandlet under problemstillingen om hvilke fremføringshandlingene som anses som «*offentlig*». Under problemstillingen om nærhetskravet vil jeg også behandle spørsmålet om utlegging av linker til opphavsmannens verk eller rettighetshavernes opptak oppfyller kravet til *nærhet og umiddelbarhet*.

⁴ Dette er også konstatert i Gramodommen.

1.4 Begrepsavklaringer

Fondsavgiftlovens (lov av 14. desember 1956 nr. 4) legaldefinisjon av utøvende kunstnere er relevant for begrepet *utøvende kunstnere* i åndsverkloven.⁵ En utøvende kunstner er ifølge fondsavgiftloven § 1, første ledd annet punktum «musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk».

En *fonogramprodusent* er en *tilvirker* av lydopptak som produserer opptakene. Den som tilrettelegger eller bærer omkostningene av produksjonen er en tilvirker i lovens forstand. En *tilvirker* kan være et plateselskap, et filmselskap eller en artist som produserer og utgir opptak selv.⁶

Definisjonen av hva et *lydopptak* er fremgår blant annet av Romakonvensjonen artikkel 2 litra (b). Med «phonogram» menes «any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds».⁷

1.5 Rettskilder og metode

Åndsverkloven er et resultat av et tett og langt nordisk lovsamarbeid. Intensjonen bak det nordiske lovsamarbeidet var å oppnå nordisk rettsenhet.⁸ Den norske åndsverkloven har derfor mange likhetstrekk med annen nordisk opphavsrettslovgivning. Nordisk rettspraksis, særlig fra de øverste domstolene er dermed relevant ved tolkingen av det norske begrepet «*offentlig fremføring*».

⁵ Rognstad (2009) s. 309.

⁶ Rognstad (2009) s. 316.

⁷ Rognstad (2009) s. 321. Se også definisjonen i WIPO Performances and Phonograms Treaty artikkel 2 litra (b).

⁸ Rognstad (2009) s. 41.

Imidlertid er det hensynet til europeisk rettsenhet som har vært særlig fremtredende de siste tiårene. Bakgrunnen for dette er de nordiske landenes tilslutning til henholdsvis EU og EØS. Direktivene innenfor opphavsrettsområdet som er omfattet av EØS-avtalen⁹, har derfor relevans ved tolkingen av begrepet «*offentlig fremføring*». Direktivene som vil bli behandlet i denne oppgaven er direktiv 92/100/EF av 19.11.92 om utleie- og utlånsrettigheter¹⁰ (heretter «utleiedirektivet») og direktiv 2001/29/EF av 22.5.01 om opphavsretten i informasjonssamfunnet¹¹ (heretter «opphavsrettsdirektivet»).

Den nåværende åndsverkloven bygger på utleiedirektivet og opphavsrettsdirektivet. Utøvende kunstnere og fonogramprodusenter hadde ingen rettigheter knyttet til «*offentlig fremføring*» av lydopptak før 1990. Enhver som fremførte utøvende kunstners prestasjoner ved hjelp av lydopptak pliktet likevel å betale avgift til fondet for utøvende kunstnere i henhold til fondsavgiftloven § 3. Utleiedirektivet artikkel 8 (2) om utøvende kunstnere og fonogramprodusentenes krav på rimelig vederlag for «*offentlig fremføring*» av deres opptak ble gjennomført i norsk rett ved lov av 23. juni 2000 nr. 52.¹² Bestemmelsen i åvl. § 45b ble derfor endret. Opphavsrettsdirektivet ble gjennomført i norsk rett ved lovrevisjonen av åndsverkloven ved lov av 17. juni 2005 nr. 97. For opphavsrettens nærstående rettigheter i åndsverklovens kapittel 2 ble det i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (2) innført fremføringsrettigheter for utøvende kunstnere og film- og fonogramprodusenter. Det ble

⁹ Jfr. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1.

¹⁰ Original tittel: Rådskdirektiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret.

¹¹ Original tittel: Europaparlamentets- og rådskdirektiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

¹² Rognstad (2009) s. 319.

fastslått at i tilfeller hvor brukeren ved overføring til allmennheten får individuell tilgang til verket ved selv å velge tid og tidspunkt for verkstilgang var omfattet av eneretten og ikke vederlagsplikten etter § 45b.

EFTA- og EU-domstolenes metode og praksis som angår disse direktivene er også relevant. Prinsipperklæringer om at EU- og EFTA-domstolenes metode skal følges finnes ikke i norsk rettspraksis.¹³ EØS-avtalen artikkel 3 og det overordnede hensynet om europeisk rettsenhet i artikkel 1 tilsier likevel at EU-domstolen og EFTA-domstolens metode følges av norske domstoler. Det er i norsk rettspraksis lagt til grunn at det i forhold til overordnede prinsipper skal legges betydelig vekt på domstolenes dynamiske tolkningsstil, rettspraksis og bruk av formålsbetraktninger¹⁴ ved tolkingen av EØS-avtalen. Norske domstoler har ikke plikt til å følge EU-domstolens rettsavgjørelser som er truffet etter undertegningen av avtalen 2. mai 1992, jfr. EØS-avtalen artikkel 6.¹⁵ Dette gjelder selv om EØS-avtalens overordnede hensyn om europeisk rettsenhet tilsier at EU-domstolens syn ved tolkingen av EØS-avtalen må tillegges betydelig vekt. Norske domstoler har imidlertid ifølge norsk rettspraksis på bakgrunn av det overordnede hensynet til europeisk rettsenhet i EØS-avtalen artikkel 1 stilltiende akseptert EU-domstolen som prejudikatdomstol.¹⁶ EU-domstolens praksis er derfor relevant.

¹³ Fredriksen, Europautredningen (2011) s. 78 og 79.

¹⁴ Jfr. RG 2005 s. 1542, Rt. 2010 s. 1500 (heretter «Edquist») avsnitt (110). Fredriksen, Europautredningen (2011) s. 78 og 79.

¹⁵ Sml. ODA-artikkel 3 som gjelder EFTA-domstolens og ESAs plikt til å ta «tilbørlig hensyn» til «de prinsipper» som følger av senere praksis.

¹⁶ Jfr. Fredriksen, Europautredningen (2011) s. 80 og 81. Jfr. Rt. 1997 s. 1954 (heretter «Løten Kommune») som belyser norske domstolers forhold til praksis fra EU-domstolen etter skjæringstidspunktet i EØS-avtalen artikkel 6. Det følger av Høyesteretts uttalelse at «EØS-avtalens artikkel 6 skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har undertegnet, altså før 2. mai 1992, men også senere avgjørelser vil være

Det vil imidlertid ikke bli gitt noen uttømmende redegjørelse av rettspraksis fra nordiske domstoler og EFTA- og EU-domstolene da det vil falle utenfor rammen av oppgaven. Oppgaven begrenser seg til en behandling av de viktigste avgjørelsene.

EU har hatt en intensjon om å inkorporere de internasjonale konvensjonene på opphavsrettsområdet.¹⁷ Opphavsrettsdirektivet implementerer de internasjonale konvensjonene om opphavsrett, WIPO Copyright Treaty¹⁸ (heretter «WCT») og WIPO Performances and Phonograms Treaty (heretter «WPPT») og sammen med WCT «WIPO-konvensjonene».¹⁹ Videre bygger opphavsrettsdirektivets artikkel 3 på WCT artikkel 8. WIPO-konvensjonene har dermed relevans ved tolkningen av det norske begrepet «*offentlig fremføring*» selv om Norge per dags dato ikke har undertegnet konvensjonene. I tillegg er Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk²⁰ (heretter «BK») og Romakonvensjonen for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak²¹ (heretter «RK») som begge er undertegnet av Norge relevante. WIPO-konvensjonene anses videre som særavtaler til BK og RK. De nevnte konvensjonene vil bli trukket inn i oppgaven ettersom de ulike problemstillinger blir aktualisert.

sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet». Jfr. også Rt. 1997 s. 1965 (heretter «Eidesund») (s. 1970), Rt. 2002 s. 392 (heretter «God Morgon») (s. 395 og 396) og Rt. 2010 s. 944.

¹⁷ Jfr. opphavsrettsdirektivets fortalens punkt 15.

¹⁸ Original tittel: World Intellectual Property Organization Copyright Treaty.

¹⁹ Rognstad (2009) s. 30 og 31. Se også opphavsrettsdirektivets fortalens punkt 15.

²⁰ Original tittel: Bern Convention for the protection of literary and artistic works.

²¹ Original tittel: International Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations.

De internasjonale konvensjonene er også relevante etter presumsjonsprinsippet. Utgangspunktet er at det ved motstrid mellom en norsk og en folkerettslig regel må den norske regelen gis forrang. Dette utgangspunktet modifiseres gjennom presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten, bortsett fra i tilfeller hvor det foreligger absolutt motstrid.

Videre finnes det en dom i tysk rett som er avsagt av tysk høyesterett (Bundesgerichtshof) den 17. juli 2003 (heretter «Paperboy»)²² som er relevant. Selv om de nordiske opphavsrettslovene har blitt til under sterk innflytelse av tysk rettstenkning finnes det ikke tilsvarende rettsenhet mellom norsk og tysk rett slik det gjør i Norden. Dommen har derfor ikke den samme rettskildemessig verdi som de øvrige dommer behandlet i oppgaven.

1.6 Den videre fremstilling

Begrunnelsen og formålet med opphavsrett, vernet av utøvende kunstneres prestasjoner og fonogramprodusenters opptaksrettigheter er sentral ved fortolkningen av begrepet «*offentlig fremføring*» og vil derfor bli behandlet som eget punkt i kapittel 2. Videre vil det i kapittel 3, avsnitt 3.1 bli redegjort for innholdet av begrepet «*fremføring*». I avsnitt 3.2 fastlegges innholdet av begrepet «*offentlig*» etter en domsanalyse av norsk, nordisk og EU-rett. I avsnitt 3.2.2 vil nærhetskravet bli behandlet. Avsnitt 3.2.2.4 vil behandle spørsmålet om utlegging av linker til opphavsmannens verk eller rettighetshavernes opptak oppfyller nærhetskravet slik at utlegging av linker er å anse som en fremføringshandling.

²² ICC 2004 s. 1097 (eng.)

2 Begrunnelsen for opphavsrett, vernet av utøvende kunstners prestasjoner og film- og fonogramprodusenters opptaksrettigheter

Dette kapitlet skal redegjøre for begrunnelsen for henholdsvis opphavsrett, vernet av utøvende kunstners prestasjon og film- og fonogramprodusenters opptaksrettigheter. I avsnitt 2.1.1 behandles det overordnede hensynet bak tolkningen av begrepet «*offentlig fremføring*» før det i kapittel 3 redegjøres for hvordan begrepet tolkes.

Begrunnelsen for opphavsretten er todelt. Den ene begrunnelsen følger av rettferdighets- eller rimelighetssynspunkter²³ om at den som skaper noe skal høste fruktene av det. Videre følger det av belønningssynspunktet at opphavsretten skal gi opphavsmannen en belønning i form av kompensasjon for den innsats som han har lagt i verket han har skapt.²⁴ Disse synspunktene taler for at ingen andre enn opphavsmannen skal berike seg på opphavsmannens bekostning. Hensynet til beskyttelse av opphavsmannens økonomiske interesser må veies opp mot hensynet til allmennhetens tilgang til verket ved avgjørelsen av hvorvidt opphavsmannen skal få kompensasjon. Opphavsmannen får kompensasjon enten gjennom en enerett eller en vederlagsrett. Dette følger av synspunktet om at opphavsrettighetene ikke skal fortrenge andre viktige interesser i samfunnet.²⁵ Den andre begrunnelsen for opphavsrett er at rettighetene skaper incentiv for opphavsmannen til å produsere og distribuere til samfunnet som følger av det samfunnsøkonomisk synspunkt. En økonomisk belønning gjennom en enerett for opphavsmannen gir opphavsmannen økonomiske incentiver til en større kulturell utvikling enn det tilfellet ellers ville vært.²⁶

²³ Rognstad (2009) s. 31.

²⁴ Ibid.

²⁵ Rognstad (2009) s. 34.

²⁶ Rognstad (2009) s. 32.

De økonomiske interessene til opphavsmannen beskyttes ved at opphavsmannen gis økonomiske rettigheter i åvl. § 2 gjennom retten til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ved «*offentlig fremføring*» muliggjør kompensasjon til opphavsmannen.

Det er tre vilkår som må være oppfylt for opphavsrettsbeskyttelse etter åvl. § 1. Disse tre vilkårene er at det må foreligge en *frembringelse* som er på det *litterære, vitenskapelige eller kunstnerisk område* og av en slik *art* at den kalles for et *åndsverk*.²⁷ For at noe skal være en *frembringelse* kreves det at det er en *fysisk person* som *skaper* noe og bringer det til *ytre realitet*.²⁸ Av oppregningen i åvl. § 1 annet ledd følger det at kravet om det *litterære, vitenskapelige eller kunstnerisk område* omfavner videre enn det som er vanlig etter daglig tale.²⁹ Datamaskinprogrammer og tekniske tegninger kan eksempelvis anses som åndsverk. *Vitenskapelige åndsverk* vernes derimot i den utstrekning slike verk kan anses som *litterære eller kunstneriske verk* og kriteriet *vitenskapelige verk* anses som en tankeglipp.³⁰ Kravet til åndsverkets *art* følger av lovforarbeidene i Innst.O.XI (1960-61) s. 14 og rettspraksis.³¹ Åndsverkets *art* er et krav om at frembringelsen i en noen grad er et resultat av *individuellt preget* skapende *åndsinnsats* fra opphavsmannens side og som dermed fremstår som *originalt*.³²

²⁷ Rognstad (2009) s. 77.

²⁸ Rognstad (2009) s. 77-79.

²⁹ Rognstad (2009) s. 80.

³⁰ Ibid. Se også Innst. 1950 s. 10, Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 11 jfr. Innst.O.XI (1960-61) s. 9.

³¹ Rognstad (2009) s. 77.

³² Rognstad (2009) s. 81 og 82. Se også Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 12 og Rt. 2012 s. 1062 (s. 58).

Opphavsretten består også av *ideelle rettigheter* i åvl. § 3.³³ Opphavsmannen har etter bestemmelsen krav på å bli navngitt og at ingen andre gjengir hans åndsverk på krenkende måte.³⁴ De ideelle rettighetene er betraktet som personlige rettigheter, noe som ikke er av samme art som de økonomiske rettighetene.³⁵ Opphavsrettigheter som er knyttet til et åndsverk er individuelle rettigheter fordi de oppstår hos den eller de som *skaper* verket, jfr. åvl. § 1. De nærstående rettighetene har også en slik rettighetsstruktur hos den eller de som står for den prestasjonen som beskyttes.³⁶ Retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ved «*offentlig fremføring*» i åvl. § 2 har imidlertid også et ideelt aspekt, selv om bestemmelsen verner de økonomiske rettighetene til opphavsmannen. Det ideelle aspektet er opphavsmannens kontroll ved offentliggjøringen av verket. De ideelle rettighetene i åvl. § 3 har også en økonomisk verdi ved at opphavsmannen oppnår reklame ved at hans navn oppgis.³⁷

Opphavsmannens enerett til verket gir opphavsmannen et vern mot *plagiat*, det vil si at ingen andre uten opphavsmannens samtykke kan *etterlikne* opphavsmannens frembringelse.³⁸ Opphavsmannen har enerett til å gjengi hans opprinnelige frembringelse som helhet og også i andre former hvor noen av de opprinnelige trekkene går igjen på en måte som gjør at verket kan sies å ha bevart sin identitet.³⁹ Et tilsvarende etterlikningsvern finnes ikke for den utøvende kunstneren i åvl. § 42.

³³ Rognstad (2009) s. 31.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Rognstad (2009) s. 35-37.

³⁷ Sml. åvl. § 3.

³⁸ Rognstad (2009) s. 308.

³⁹ Ibid.

Åndsverkloven § 42 gir den utøvende kunstneren et begrenset vern som gjelder en enerett til fremføring av sin egen prestasjon. Dette vernet gjelder ikke den utøvende kunstnerens personlige måte å fremføre et verk på. Det betyr at en bruker må innhente samtykke fra den utøvende kunstneren til selve bruken av hans prestasjoner og trenger altså ikke samtykke til den måten bruken skjer på. For at en utøvende kunstnerens prestasjon skal ha vern stilles det krav om at denne prestasjonen er av et *visst nivå eller kvalitet av kunstnerisk art som kan gi opplevelse av estetisk karakter*.⁴⁰ Noe originalitetskrav slik som for åndsverk er det i slike tilfeller ikke behov for ettersom det ikke er tale om å gi vern mot etterlikning.⁴¹ Behovet for å kunne peke på individuelle trekk i gjengivelsen finnes dermed ikke. Vernet etter åvl. § 42 gjelder opptak og gjengivelse med tekniske hjelpemidler av kunstnerens prestasjoner, altså av hans egen fremføring. Rettighetene til de utøvende kunstnere gjelder både primærbruk og sekundærbruk av deres prestasjoner. Primærbruk av prestasjonene er utnyttelse av kunstnerens livefremføringer ved at fremføringen kringkastes ved direkte sending eller ved at det gjøres opptak av den. Sekundærbruk er annenhåndsutnyttelse av den utøvende kunstnerens prestasjon, eksempelvis ved offentlig avspilling av hans opptak.

Videre gir åvl. § 45 film- og fonogramprodusenter heller ikke et etterlikningsvern.⁴² Bestemmelsen gir rettighetshaverne en enerett til bruken av deres opptak.⁴³ Det avgjørende er altså om noen har brukt rettighetshavernes opptak. Hvordan opptaket er brukt har ingen betydning. Videre holder det at deler av opptaket er brukt. Det betyr at en som bruker et opptak må innhente film- og fonogramprodusenters samtykke til selve bruken av deres opptak.⁴⁴ Eneretten omfatter etter åvl. § 45 rett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten av opptaket.

⁴⁰ Rogntsad (2009) s. 310 og 311.

⁴¹ Ibid.

⁴² Rognstad (2009) s. 317.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Rognstad (2009) s. 315.

Retten til «*offentlig fremføring*» av lydopptak er etter åvl. §§ 42 første ledd litra c) og 45 for utøvende kunstnere og for film- og fonogramprodusenter begrenset til tilfeller hvor den enkelte bruker selv velger tid og tidspunkt for tilgang. For annen «*offentlig fremføring*» har fonogramprodusenter kun en vederlagsrett. Disse rettighetene er de samme som utøvende kunstners rett til sekundær utnyttelse.

Videre kan «*offentlig fremføring*» som skjer på brukerens initiativ⁴⁵ eksempelvis ved kringkastingssendinger og avspilling av musikk, ikke forbyr av den utøvende kunstneren og film- og fonogramprodusentene. I slike tilfeller har rettighetshaverne krav på vederlag for bruken etter åvl. § 45b første ledd første punktum og annet ledd første punktum fordi brukeren ikke kan innhente samtykke fra den enkelte rettighetshaver hver gang opptaket gjøres tilgjengelig for allmennheten ved «*offentlig fremføring*».⁴⁶

Film- og fonogramprodusentenes rettigheter i åvl. § 45 har et utpreget teknisk og kommersielt preg.⁴⁷ Arbeidsinnsatsen som er lagt ned av rettighetshaverne er rent teknisk eller økonomisk innsats løsrevet fra de åndsverk som slike opptak er en del av.⁴⁸ Slik arbeidsinnsats kan eksempelvis være overføring av lyd og levende bilder til bånd, film, transmisjoner av lyd- og bildesignaler. Det som vernes er de informasjonsbærende medier uavhengig av deres budskap, innhold og form. Arbeidsinnsatsen som er lagt ned i slike innspillinger er av

⁴⁵ Se nærmere om «*offentlig fremføring*» på brukerens initiativ i avsnitt 2.1.1 og kapittel 3.

⁴⁶ Vederlagsretten gjelder ikke for «lydfilm» etter åvl. § 45b, siste ledd, første punktum. Bakgrunnen for dette er at bestemmelsen i § 45b bygger på Romakonvensjonen artikkel 12 som gjelder vederlag for bruk av fonogrammer etter artikkel 2. Se Rognstad (2009) s. 321.

⁴⁷ Rognstad (2009) s. 289.

⁴⁸ Ibid.

ren kommersiell verdi.⁴⁹ De utøvende kunstneres prestasjoner har også kommersielt preg og er derfor av store økonomiske verdier.⁵⁰ Selv om utøvende kunstneres prestasjoner har et kommersielt preg har bestemmelsen også et sterkt preg av et personlighetsvern når det gjelder sekundærbruk fordi den utøvende kunstneren er selv med i opptaket. Vernet kan derfor sies å ha mye til felles med åndsverkvernet for opphavsmenn.⁵¹

Det sentrale hensynet bak å tolke en tilgjengeliggjøring som «*offentlig fremføring*» er likevel å sikre rettighetshavernes *økonomiske rettigheter*. Dette hensynet er gjennomgående det sentrale ved tolkningen av begrepet «*offentlig fremføring*» i rettspraksis, slik det vil fremgå av oppgavens kapittel 3, avsnitt 3.2.

⁴⁹ Film- og fonogramprodusenters rettigheter gjelder som nevnt rene tekniske prestasjoner. Rettsvirkningene av dette er hjemlet i § 45 jfr. § 45 fjerde ledd ved at de ideelle rettighetene etter åvl. § 3 ikke gjelder for tilvirkerne. Selv om 45b fjerde ledd inneholder en henvisning til § 3, må denne tolkes innskrenkende til å bare gjelde de utøvende kunstneres rettigheter i opptaket. Tolkningen fører til at de ideelle rettigheter etter § 45b fjerde ledd jfr. § 3 ikke gjelder for tilvirkernes rettigheter. Se Rognstad (2009) s. 315 og 322.

⁵⁰ Rognstad (2009) s. 290.

⁵¹ Ibid. Vernetiden for nærstående rettigheter er kortere enn for åndsverk. For et åndsverk varer opphavsretten i utgangspunktet i opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår, jfr. åvl. § 40, sml. kapittel 4. Vernet varer etter henholdsvis § 42 annet ledd, § 45 annet ledd og § 45b første ledd jfr. § 45 i 50 år etter utløpet av det år fremføringen eller innspillingen ble foretatt. Dersom opptaket av fremføringen eller innspillingen i løpet av dette 50 års tidsrom offentliggjøres, varer vernet i 50 år etter utløpet av det året opptaket første gang ble offentliggjort. Vernetiden for de utøvende kunstnere og fonogramprodusenter som fremgår av direktiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om vernetiden for opphavsrett og visse nærstående rettigheter er blitt vedtatt utvidet fra 50 til 70 år fra innspillingsåret. Dette følger av direktiv av 2011/77/EU den 12. september 2011 om endring av direktiv 2006/116/EF. Endringene er fortsatt ikke implementert i norsk rett.

2.1.1 Nærmere om rettighetshavers økonomiske interesser som det sentrale hensynet bak tolkningen av begrepet «offentlig fremføring»

Det sentrale hensynet bak å tolke en tilgjengeliggjøring som «*offentlig fremføring*» er å sikre rettighetshavernes *økonomiske rettigheter*. En fremføringshandling som er foretatt i kommersielt øyemed er eksempelvis en «*offentlig fremføring*» fordi den anses å være i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Ved avgjørelsen av spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig *nærhet og umiddelbarhet* mellom fremføringshandlingen og allmennhetens tilgang til det har det også avgjørende betydning om handlingen er skjedd i strid med rettighetshavers økonomiske interesser.

Det fremgår av artikkel 8 (2) i utleiedirektivet at rettighetshaver har krav på vederlag når fonogrammet er utgitt i «kommercielt øyemed» og denne gjøres tilgjengelig ved overføring til allmennheten. Opphavsrettsdirektivets primære formål er å sikre effektiv beskyttelse for opphavsmenn blant annet ved overføring til allmennheten slik at disse mottar et rimelig vederlag for bruken av deres verk. Derfor skal begrepet «overføring til allmennheten» også etter opphavsrettsdirektivet forstås i «bred forstand».⁵² EU-praksis legger vekt på to sentrale momenter ved tolkningen av begrepet «kommunikasjon til offentligheten». Ved denne vurderingen skal det også tas hensyn til flere underordnede kriterier som kommer supplerende inn og som beror på en konkret helhetsvurdering.⁵³ De to sentrale momenter EU-praksis legger vekt på er *identiteten* til og *situasjonen* for den som *braker* verket, altså brukeren og selve *bruken* av verket og alle de som er *gjenstand* for det, altså mottakerne av

⁵² Sak C-403/08 Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. (heretter «Premier League») premiss 186. Jfr. sak C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hoteles SA s. 11519 (heretter «Rafael Hoteles») premiss 36. Det samme følger av 23. betraktning til opphavsrettsdirektivet.

⁵³ Tannlegepraksisdommen premiss 79 og 80.

kommunikasjonen.⁵⁴ Det avgjørende synspunktet er hvem rettighetshaver hadde forutsatt at fremføringen skulle rette seg mot. Vurderingen går ut på risikoen for at rettighetshavers økonomiske interesser blir skadelidende ved at fremføringen gjøres tilgjengelig av brukeren for en annen offentlighet enn det rettighetshaver hadde tatt i betraktning.⁵⁵ Den aktuelle handlingen skaper skadepotensiale for rettighetshavers økonomiske interesser. Hvor stor skadeeffekt den aktuelle handling har på rettighetshavers økonomiske interesser har også betydning.

Tilfeller som gjelder tilrådighetsstillelse ved utplassering av utstyr for personlig interaktiv bruk hvor brukeren velger å skaffe tilgang til materialet for seg selv, er en fremføring som ikke kan anses som «offentlig». Det gjelder for eksempel tilrådighetsstillelse av datamaskiner med Internett på offentlige steder. Brukeren får da ikke tilbudt noe bestemt innhold, men skaffer seg selv tilgang til materialet ved å velge tid og sted for tilgangen. Denne aktuelle handlingen kan derfor ikke sies å ha skjedd i kommersiell øyemed og er dermed ikke skadelidende for rettighetshavers økonomiske interesser. Tilrådighetsstillelse ved utplassering av utstyr for personlig interaktiv bruk kan derfor ikke anses å falle inn under eneretten.⁵⁶

I slike tilfeller anes ikke nærhetskrevet å være oppfylt fordi det ikke er tilstrekkelig sammenheng mellom utplasseringen av utstyret og allmenhetens tilgang til materialet. Vurderingen i slike tilfeller går ut på om brukeren er en tilrettelegger av utstyr for personlig interaktiv bruk eller ikke.⁵⁷ Videre er det uklart hvorvidt utlegging av linker til beskyttet materi-

⁵⁴ Tannlegepraksisdommen premiss 78.

⁵⁵ Rafael Hotelesdommen premiss 40 og 42 og Premier Leaguedommen premiss 197.

⁵⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 23.

⁵⁷ Ibid.

ale omfattes av eneretten.⁵⁸ Derimot vil en bruker som gjennom kringkastingssendinger på radio selv mottar verksformidling og gjør disse kringkastingssendingene tilgjengelig for andre også, anses å foreta en «*offentlig*» fremføring når tilgjengeliggjøringen skjer i ervervsvirksomhet. Det gjelder for eksempel når en bruker spiller av radio i en kafé i åpningstiden og det er også andre som mottar kringkastingssendingene. En slik fremføring anses som «*offentlig*» fordi fremføringshandlingen skjer i kommersiell øyemed i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Fremføringshandlingen faller inn under rettighetshavers enerett ut i fra betraktninger om hvem rettighetshaver hadde forutsett formidlingen skulle skje til. Brukeren må da betale vederlag for bruken. På denne måten sikres rettighetshaver etter åvl. § 42, 45 og 45b et effektivt vern. Brukerens forhold har spilt en avgjørende rolle i rettspraksis ved vurderingen av hva som anses som en «*offentlig fremføring*». Særlig gjelder det dersom den aktuelle handlingen er skjedd av brukeren med sikte på en kommersiell fordel ved tilgjengeliggjøringen for allmennheten.⁵⁹

Disse hensynene har etter rettspraksis betydning ved tolkning av begrepet «*offentlig fremføring*».⁶⁰ Det overordnede hensynet til rettighetshavers økonomiske interesser er som nevnt gjennomgående det sentrale hensynet ved tolkningen av begrepet «*offentlig fremføring*». Rettspraksis som er behandlet i kapittel 3, avsnitt 3.2 illustrerer at begrepet «*offentlig fremføring*» tolkes vidt når disse hensynene vektlegges ved tolkningen.

I kapittel 3 er det fire spørsmål som behandles. Det ene er hvilke handlinger som kan anses som «*fremføring*» og det andre om hva som skal til for at en slik fremføring er «*offentlig*». Under spørsmålet om en fremføring er «*offentlig*», behandles kravet til nærhet som har fremkommet i rettspraksis ved behandling av disse spørsmålene. Dette er et spørsmål om

⁵⁸ Nærhetskravet er nærmere behandlet i kapittel 3, avsnitt 3.2.2. Se i denne sammenheng også avsnitt 3.2.2.4.

⁵⁹ Se nærmere i kapittel 3, avsnitt 3.2.1.5.

⁶⁰ Se nærmere i kapittel 3, avsnitt 3.2.

det kan sies at det er *tilstrekkelig nærhet og umiddelbarhet* mellom en fremføringshandling og offentligheten, allmennhetens tilgang til handlingen, slik at det kan anses å foreligge en «*offentlig fremføring*». Det fjerde spørsmålet i tilknytning til nærhetskravet er om utlegging av linker oppfyller kravet slik at utleggingen anses som «*offentlig fremføring*».

3 Tolkningen av begrepet «offentlig fremføring»

3.1 «Fremføring»

En naturlig språklig forståelse av «*fremføring*» i åvl. § 2 tredje ledd tilsier at ordlyden omfatter enhver form for fremføring, avspilling eller opplesning av et verk. Det norske begrepet «*fremføring*» har videre anvendelsesområde enn det som følger av naturlig språklig forståelse av ordlyden.⁶¹

Det er her grunn til å nevne at åvl. § 2 tredje ledd er ikke uttømmende. I forarbeidene til åndsverkloven av 1961 fremgår det at «en hvilken som helst måte»⁶² å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten på omfattes av retten til å gjøre verket *tilgjengelig for allmennheten*. I Rt. 2005 s. 45 (heretter «Napster.no»)⁶³ ble det på bakgrunn av forarbeidene til 1961-loven⁶⁴ uttalt av Høyesterett at uttrykket tilgjengeliggjøring for allmennheten omfatter «enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på».⁶⁵ Høyesterett uttalte også at uttrykket er teknologinøytralt og at tredje ledd ikke er ment som en legaldefinisjon av begrepet.⁶⁶ Uttrykket *tilgjengeliggjøring for allmennheten* ved «*offentlig fremføring*» («public communication») er teknologinøytralt også etter internasjonal rett. Av BK artikkel 11 *bis* (1) (iii) følger det at eneretten omfatter «the public communication by loudspeaker and any other analogous instrument transmitting, by sign, sound or images, the broadcast of the work.»

⁶¹ Rognstad (2009) s. 176.

⁶² Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16.

⁶³ Se om saksforholdet i avsnitt 3.2.2.4.

⁶⁴ Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16.

⁶⁵ Napster.no-dommen avsnitt (42).

⁶⁶ Ibid.

Ved gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) og innføringen av den nye typen tilgjengeliggjøring, *overføring til allmennheten*, i nordiske land oppsto det lovtekniske spørsmål om plasseringen av denne rettigheten som hadde betydning for tolkingen av omfanget av tilgjengeliggjøringsretten. Sverige og Finland valgte å oppføre overføring til allmennheten som en selvstendig kategori av tilgjengeliggjøring av verk, mens Norge valgte ved lovrevisjonen i lov av 17. juni 2005 nr. 97 å la overføringsbegrepet inngå i begrepet «*offentlig fremføring*» i åvl. § 2 fjerde ledd. Danmark valgte også å la uttrykket overføring til allmennheten være en del av begrepet «*offentlig fremføring*». Det innebærer at begrepet «*offentlig fremføring*» i Sverige og Finland innsnevres tilsvarende og ikke kan tolkes så vidt som i Norge og Danmark.⁶⁷ Begrepet «*offentlig fremføring*» omfatter etter åvl. § 2 fjerde ledd kringkasting eller annen overføring av verket i tråd eller trådløs til allmennheten, herunder tilfeller hvor brukeren får en individuell tilgang til verket ved selv å velge tid og tidspunkt for verkstilgang. Etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) omfatter uttrykket overføring til allmennheten tilfeller der verket gjøres tilgjengelig ved tråd eller trådløs overføring, og dekker både kringkasting, videresending og det å gjøre verket tilgjengelig i nettverk.

Det følger som nevnt av fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 23 at uttrykket overføring til allmennheten, skal forstås «i bred forstand» og skal omfatte «enhver» overføring til allmennheten. Det fremgår av artikkel 8 (2) i utleiedirektivet at rettighetshaver har krav på vederlag når fonogrammet er utgitt i «kommercielt øjemed» og dette gjøres tilgjengelig ved overføring til allmennheten («kommunikation til offentligheden»). Opphavsrettsdirektivets primære formål er å sikre effektiv beskyttelse for opphavsmenn blant annet ved overføring til allmennheten slik at disse mottar et rimelig vederlag for bruken av deres verk. Uttrykkene overføring til allmennheten i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) og «kommunikation til offentligheden» i utleie- og utlånsdirektivet skal av hensynet til rettsenhet og ensartethet ha

⁶⁷ Rognstad (2009) s. 151.

samme betydning, med mindre EU-lovgiveren uttrykkelig har bestemt noe annet i lovgivningen.⁶⁸ Videre skal uttrykket overføring til allmennheten fortolkes i lys av tilsvarende begreper i internasjonale konvensjoner, samt i lys av kontekstuell sammenheng og det som er forenlig med formålene bak konvensjonsbestemmelsene.⁶⁹ Dette tilsier at uttrykket overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet og utleiedirektivet forstås i «bred forstand».⁷⁰ Det gis således uttrykk for også etter EU-rett at begrepet *tilgjengeliggjøring ved «offentlig fremføring»* ikke er uttømmende.⁷¹ I rettspraksis har begrepet «*offentlig fremføring*» blitt strukket lengre enn det som følger av naturlig språklig forståelse av § 2 tredje ledd litra c), noe som også taler for at bestemmelsen ikke er uttømmende. Dette drøftes nærmere i avsnitt 3.2: «Offentlig».

Det norske begrepet «*fremføring*» omfatter retten til å gjøre verket tilgjengelig direkte, ved livefremføringer eller ved hjelp av et mottaker- eller avspillingsapparat, for et publikum som er tilstedeværende. Denne retten følger imidlertid ikke av ordlyden i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). Bestemmelsen i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) omfatter ikke retten til direkte tilgjengeliggjøring av et verk. Det samme fremgår av fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 23 om at retten omfatter overføring til den allmennhet som «ikke befinner sig» der hvorfra overføringen finner sted. Norge står dermed fritt etter opphavsrettsdirektivet til å gjøre unntak fra eneretten til overføringen for et tilstedeværende publikum, men er likevel bundet av BK artikkel 11 (1) (i).⁷² Derimot gjelder retten til overføring til

⁶⁸ Premier Leaguedommen premiss 188 jfr. premiss 182, 186 og 187 og Rafael Hotelesdommen premiss 31.

⁶⁹ Tannlegepraksisdommen premiss 55.

⁷⁰ Premier Leaguedommen premiss 186 jfr. Rafael Hotelesdommen premiss 36. Det samme følger av fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 23.

⁷¹ Rognstad (2009) s. 156.

⁷² Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 19 og 20.

allmennheten i utleiedirektivet artikkel 8 (1) også de tilfellene hvor fremføringen skjer for et tilstedeværende publikum i motsetning til opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

Det norske begrepet «*offentlig fremføring*» omfatter heller ikke visningsrett i den forstand den er regulert i WCT eller WPPT. Uttrykket overføring til allmennheten i WCT eller WPPT hindrer ikke medlemslandene i å innføre en visningsrett som også omfatter det som er omtalt som *indirekte visning* ved hjelp av teknologiske midler, for eksempel på storskjerm, ved siden av en fremføringsrett. All visning av fysisk eksemplar som skjer med teknologiske hjelpemidler er indirekte visning. For eksempel gjelder det ved en digital visning av en litterær tekst. Det fører til at visningsretten går inn på området som internasjonalt er dekket av uttrykket overføring til allmennheten.⁷³ Imidlertid er det i norsk rett regulert at det er begrepet «*fremføring*» som skal omfatte indirekte visning av fysisk eksemplar.⁷⁴ Det er kun direkte visning av et fysisk eksemplar av et verk som faller inn under visningsbegrepet i norsk rett. Visningsbegrepet omfatter de tilfeller hvor et fysisk eksemplar av et verk vises direkte for et tilstedeværende publikum. Visning av kunstverk i et museum, en litterær tekst fra en bok, plassering av møbler og malerier på et hotellrom direkte for et tilstedeværende publikum faller således utenfor begrepet «*fremføring*». I motsetning til åvl. § 2 tredje ledd litra b) ved visning, gis det ved offentlig «*fremføring*» opplevelse av verket uten tilgang til det fysiske eksemplar av verket.⁷⁵ Annen form for indirekte visning faller således inn under begrepet «*fremføring*».

I og med at uttrykket *tilgjengeliggjøring for allmennheten* som nevnt er teknologinøytralt og er et overbegrep for «*offentlig fremføring*» er det norske begrepet «*offentlig fremføring*» langt mer omfattende enn det som er «public performance» etter internasjonale konvensjo-

⁷³ Rognstad (2013).

⁷⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 24.

⁷⁵ Tilgjengeliggjøring for allmenheten ved direkte bruk av fysiske eksemplarer og faller inn under sprednings- eller visningsretten i åvl. § 2 litra a) og b). Se Tande (2004) s. 126.

ner innenfor opphavsrettsområdet. Eneretten til *tilgjengeliggjøring for allmennheten* ved «*offentlig fremføring*» i åvl. § 2 tredje ledd litra c) og fjerde ledd omfatter således både direkte fremføring, ved livefremføringer, men også indirekte fremføringer som skjer ved hjelp av et mottaker- eller avspillingsapparat, kringkasting, videresending til allmennheten, og annen overføring, herunder tilfeller hvor brukeren får individuell tilgang til verket ved selv å velge tid og tidspunkt for verkstilgang.⁷⁶

Innunder begrepet «*fremføring*» faller således en forfatters opplesning av sin novelle overfor et tilstedeværende publikum, visning av et maleri på storskjerm, opplesning av et teaterstykke på radio, musikkvideoer på fjernsyn eller en webside på Internett. Under indirekte overføringer kommer også andre former for distanseoverføring.

Når det gjelder distanseoverføringer skilles det mellom aktive overføringer som foretas av brukeren som en avsender og de overføringer hvor brukeren som en mottaker får en individuell tilgang til verket ved selv å velge tid og tidspunkt for verkstilgang, såkalte *on-demandtjenester*. On-demandtjenester er en tilrådighetsstillellesrett på forespørsel. EF-domstolens fastslår dessuten i Rafael Hotelesdommen⁷⁷ at tilrådighetsstillelse av teknisk utstyr som gjør det mulig å få tilgang til distanseoverføringer på offentlige steder, faller inn under overføringsrett.⁷⁸ Slike on-demandtjenester omfatter alle tilfeller hvor et verk i digitale nettverk, på tjenestemaskiner (servere) eller egen åpen PC, gjøres tilgjengelig for allmennheten på forespørsel. «Peer to peer-fildeling» er et fildelingsprogram som søker gjennom programmet som er lastet ned for å finne filer på andre brukeres datamaskiner. Gjennom slik programvare gis det tilgang til filer fra hverandres datamaskiner. Videre vil overføringer som er uavhengig av om disse lastes ned hos mottakeren være fremføring. Et eksempel på slik «*fremføring*» er digitale overføringer i datanettverk. Innunder «aktive over-

⁷⁶ Ot. prp.nr. 26 (1959-60) s. 16. Se også Rognstad (2009) s. 176.

⁷⁷ Se nærmere om saksforholdet i avsnitt 3.2.1.5.

⁷⁸ Jfr. opphavsrettsdirektivet artikkel 3.

føringer» faller i tillegg til tradisjonell kringkasting, «simulcasting» som er samtidige kringkastinger over digitale nett, «webcasting» som er egne Internettbaserte sendinger, «streaming» som foretas av avsenderen, og videresending av distanseoverføringer når overføringen skjer av noen andre enn det opprinnelige kringkastingsforetak.⁷⁹ Det samme følger også av BK artikkel 11 *bis* (1) (ii) at innenfor eneretten faller en videresending av kringkastingssending når overføringen forestås av et annet foretak enn det opprinnelige kringkastingsforetaket. Bestemmelsen er et utslag av at det «på *dette punkt* ikke ble ansett hensiktsmessig å la det avgjørende være om videresendingen nådde et nytt publikum i forhold til primærsendingen».⁸⁰ Kringkastingssendinger som blir avspilt på et offentlig sted ved hjelp av et mottakerapparat vil dermed anses som offentlig «*fremføring*».

Dette er også lagt til grunn i Rt. 1953 s. 633 (heretter «Bedriftsmusikk»)⁸¹. Av samme dom følger det at utplassering av teknisk utstyr for avspilling eller overføring på offentlige steder faller inn under begrepet «*offentlig fremføring*», jfr. i denne sammenheng også Rt. 1964 s. 782 (heretter «Jukeboks»)⁸². At utplassering av teknisk utstyr for avspilling i seg selv kan anses som selvstendig fremføringshandling er også lagt til grunn i nordisk rettspraksis og rettspraksis fra EU-domstolen. I den svenske Högsta Domstolen I NJA 1980 s. 123 (heretter «Mornington»), den finske Högsta Domstolen i HD 2002:20 (heretter «Bostadhotell») og Rafael Hotelesdommen ble det lagt til grunn at utplassering av tv-apparater på hotellrom var å anse som fremføring. I Gramodommen kom retten til at bilutleieselskaper gjennom sin utleievirksomhet stiller mottaksutstyr som er innmontert i leiebilene til rådighet for kundene slik at disse kan lytte til kringkastingssendinger og foretar dermed «*fremføring*». Det ble uttalt at saken hadde mange likhetsstrekk med rettspraksis om hotellvirksomhet.

⁷⁹ Rognstad (2009) s. 174 og 176-178.

⁸⁰ Rognstad (2009) s. 182.

⁸¹ Bedriftsmusikkdommen (s. 634 og 635).

⁸² Ibid. Se også Jukeboksdommen (s. 786).

3.2 «Offentlig»

Det andre som må fastlegges er hvilke fremføringshandlinger er «*offentlig*» tilgjengeliggjøring.

En naturlig språklig forståelse av «*offentlig*» tilsier at fremføring som er tilgjengeliggjøring for *allmennheten* er «*offentlig*».

Av Ot. prp. nr. 46 (2004-05) s. 22 følger det også at det faktisk at et verk eller et opptak er fremført «*offentlig*», vil si at det er rettet mot allmennheten, jfr. åvl. §§ 42 første ledd litra c) 45 første ledd og 45b første ledd, jfr. § 2. Eneretten til fremføring er derfor begrenset til fremføring utenfor det private området. Følgelig har opphavsmannen dermed ikke vern for sine økonomiske interesser innenfor det private området.⁸³

Etter den tidligere åndsverkloven av 1930 var en fremføringshandling «*offentlig*» dersom den ikke var ansett som *privat*. I åndsverkloven av 1961 var fremføringsretten begrenset til det som skjedde «utenfor det private området». Ifølge forarbeidene var endringen fra offentlig til «utenfor det private området» ikke tilsiktet å innebære noen reell endring av gjeldende rett etter åndsverkloven av 1930 og rettspraksis. Av forarbeidene fremgår det videre at det ble overveiet å bruke begrepene «utenfor familie-kretsen» eller «utenfor privatlivets område», men at en kom til at den rettspraksisen som forelå hadde tolket begrepet «utenfor det private området» som «privat bruk» videre enn det som fulgte av naturlig språklig forståelse av «familiekretsen» eller «privatliv». Prejudikatet som la grunnlaget for begrepsreguleringen i åndsverkloven var Bedriftsmusikkdommen.⁸⁴ Retten viste til en uttalelse av Knoph som nå anses som maksime i norsk opphavsrett om at privat bruk må skje innenfor «den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper».⁸⁵ Ved

⁸³ Sml. åvl. §§ 12 og 11. Rognstad (2009) s. 151 og 152.

⁸⁴ Rognstad (2009) s. 187 og 188.

⁸⁵ Knoph (1936) s. 89.

lovendringen i 2005 ble begrepet igjen erstattet med «offentlig» fordi det tilsvarende begrep fremgikk i andre bestemmelser i loven og av nordisk opphavsrettslovgivning. Denne endringen tilsiktet heller ikke noen realitetsendring av gjeldende rett. Derfor er Bedriftsmusikkdommen og Knophs maksime fortsatt relevant ved fastleggingen av grensen mellom «offentlig» og ikke-«offentlig» fremføring.

Ole-Andreas Rognstad⁸⁶ har lagt til grunn at det kreves *nærhet* og *personlige bånd* for at det skal være tale om et privat område. Det er tilstrekkelig med nærhet og personlige bånd mellom den som foretar fremføringshandlingen og de som er mottakerne av fremføringen. Det er altså ikke nødvendig at den som foretar fremføringshandlingen og alle mottakerne av fremføringen er knyttet til hverandre gjennom nærhet og personlige bånd. Fremføringen kan være innenfor det private område, for eksempel på en fest arrangert av noen for sine venner selv om gjestene ikke har sett hverandre før. Får en musiker betaling for å opptre på festen eller må gjestene betale for å høre på, er det forhold som ikke er avgjørende. Disse forholdene kan likevel ha betydning for grensedragningen. Dersom det ikke dreier seg om en sluttet krets og hvem som helst kan delta i tilstelningen, anses fremføringen klart som «offentlig».⁸⁷

«Offentligheten» som det foretas kommunikasjon til, er ifølge EU-domstolen bestemt av *brukeren* og *mottakerne* som skjer på en eller annen måte og ikke bare ved en tilfældighet.⁸⁸ Tilrådighetsstillelse av tv-apparater ved utplassering av disse på hotellrom og andre områder i hotellet er som nevnt å anse som «offentlig» fremføring.⁸⁹

⁸⁶ Rognstad (2009) s. 189 og Schønning (2011) s. 159.

⁸⁷ Rognstad (2009) s. 189.

⁸⁸ Tannlegepraksisdommen premiss 91.

⁸⁹ Hotellrommets private karakter har ingen betydning for om det er en «offentlig» fremføring. Se Rafael Hotelesdommen premiss 38 og 39.

Etter EU-domstolens praksis er det fastslått at begrepet «*offentlig*» skal forstås som «et ubestemt antal potentielle modtagere og desuden indebærer et betydeligt antal personer» jfr. opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).⁹⁰ Når det gjelder fortolkningen av offentlighetens «ubestemte» karakter som er i samsvar med «kommunikation til offentligheden» er det i dommen fastslått at det må dreie seg om «det, at værk gøres tilgængeligt [...] på enhver hensigtsmæssig måde i forhold til alle, det vil si ikke begrænset til særlige medlemmer af en privat gruppe». ⁹¹ Videre er det fastslått at det i kriteriet om «et betydeligt antal personer» i begrepet offentlighet stilles et krav om en minimumsgrense. Minimumsgrensen utelukker et antall personer som enten er for lite eller ubetydelig. Brukere som har tilgang til det samme verket samtidig og antall brukere som har tilgang etter hverandre er relevant ved avgjørelsen av om det dreier seg om «et betydeligt antal personer». Den kumulative virkning av at verkene tilgjengeliggjøres for potensielle brukere har derfor betydning for fortolkning av offentlighetsbegrepet.⁹²

Ved vurderingen av hva som ligger i begrepet «*offentlig*» legger EU-domstolen videre vekt på om fremføringshandlingen skjer overfor et *nytt publikum*. Et nytt publikum er et publikum som opphavsmannen av verket «ikke hadde taget i betraktning, da [han] godkendte [hans] anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum». ⁹³ Tilsvarende vil

⁹⁰ Tannlegeprakisdommen premiss 84, Rafael Hotelesdommen premiss 37 og 38, sak C-89/04 Mediakabel BV mot Commissariaat voor de Media s. 4891 (heretter «Mediakabel») premiss 30, sak C-192/04 Lagardère Active Broadcast mot Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) og Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) s. 7199 (heretter «Lagardère Active Broadcast») premiss 31.

⁹¹ Tannlegeprakisdommen premiss 85. Domstolen fastslo at det i denne sammenheng var WIPO's Glossary som hadde betydning for tolkingen av offentlighetens «ubestemte» karakter der begrepet «kommunikation til offentligheden» gis, selv om den ikke var bindende.

⁹² Tannlegeprakisdommen premiss 86 og 87 og Rafael Hotelesdommen premiss 39.

⁹³ Premier Leaguedommen premiss 197.

det ved kommunikasjon av et kringkastet lyd- og filmopptak eller verk via radio eller tv-apparater på hotellrom, være en selvstendig overføring. Brukeren overfører dermed opptaket eller verket til ny og særskilt offentlighet enn de som utgjorde gjenstand for den opprinnelige kommunikasjonen. Ved å overføre opptaket eller verket til nytt publikum, oppnår han en økonomisk fordel som er selvstendig i forhold til den økonomiske fordel som oppnås av kringkastingsselskapet, opphavsmannen, tilvirkeren av opptak eller den utøvende kunstneren. Brukeren har dermed en plikt til å betale et rimelig vederlag for kommunikasjon for denne bruken. Vederlaget må betales utover det som betales av kringkastingsvirksomheten.

Begrepet «*offentlig fremføring*» skal tolkes etter det dynamiske fortolkningsprinsippet. Det betyr at offentlighetsbegrepet skal etter hensynet til europeisk rettsenhet og likhetsprinsippet tilpasses utviklingen gjennom tid og behov.⁹⁴ Med dynamisk menes i denne sammenheng at det avgjørende for om det er foretatt en fremføring for offentligheten er det *potensialet* for mottak som skapes ved den aktuelle handlingen.⁹⁵ Det underliggende resonnementet er at når det skapes potensiale for ytterligere mottak av verket ved den aktuelle handling, må det anses som en «*offentlig fremføring*» som faller inn under eneretten fordi den aktuelle handling foretas i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Dette gjelder særlig dersom den aktuelle handlingen kan anses å ha skjedd i kommersielt øyemed.

Eneretten til å gjøre verket *tilgjengelig for allmennheten* ved «*offentlig*» fremføring gjelder således enhver fornyet fremføring. Fremføringsbegrepet gjelder ikke bare primære offentlige fremføringer som fremføringer i restauranter og kaféer, men også sekundærfremføringer som kringkastingssendinger, videresendinger av kringkastingssendinger med opptak eller

⁹⁴ Axhamn (2007) s. 149. Se også sak Rafael Hotelesdommen premiss 31.

⁹⁵ Schønning (2011) s. 158 og Tande (2004) s. 128.

ved offentlig fremføring av opptak via radio eller tv-apparater.⁹⁶ Fremføringsbegrepet omfatter med andre ord hver enkelt gang verket gjøres tilgjengelig for allmennheten.

Eksempler på «*offentlig*» fremføring av musikk er de som skjer i under åpningstiden i kaféer, restauranter, frisørsalonger, butikker osv. Videre er det lagt til grunn av Ole-Andreas Rognstad⁹⁷ at dersom musikken spilles i en butikk er det en «*offentlig*» fremføring, selv om hensikten er å underholde de ansatte selv. Det samme gjelder fremføringer på hoteller, passasjerskip og fly, uavhengig av om det er de faste gjestene eller den sluttede kretsen som passasjerene utgjør.⁹⁸

Basert på disse kildene må det legges til grunn at dersom den aktuelle handlingen skaper potensiale for ytterligere mottak av verket ved den aktuelle handling enn det rettighetshaveren hadde tatt i betraktning, altså til nytt publikum, må fremføringshandling anses som «*offentlig*». Handlingen utgjør en enerettskrenkelse i og med at den foretas i kommersielt øyemed i strid med rettighetshavers økonomiske interesser og er derfor «*offentlig*». Det er imidlertid også flere dommer hvor begrepet «*offentlig*» er blitt tolket. For endelig å kunne fastlegge innholdet av begrepet, må derfor disse dommene analyseres og sammenstilles med hverandre, samt med ordlyd og forarbeider. Den videre fremstilling vil derfor analysere et utvalg dommer hvor begrepet «*offentlig*» har blitt tolket. Det vil bli undersøkt hvilke momenter retten vektlegger når de skal fastlegge innholdet av begrepet «*offentlig*» og grensen mellom «*offentlig*» og ikke «*offentlig*» fremføring.

⁹⁶ Ot.prp.nr. 15 (1999-2000) s. 25.

⁹⁷ Rognstad (2009) s. 189. Dette er lagt til grunn på bakgrunn av den danske dommen i UfR 1999 s. 2057.

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 189 og Schønning (2011) s. 159.

3.2.1 Fastlegging av begrepet «offentlig» basert på domsanalyse

3.2.1.1 Vurderingsmoment 1: Omfanget av og forholdet til den kretsen et verk eller et opptak fremføres for

Det første momentet rettspraksis legger vekt på ved vurderingen av om en fremføring er «*offentlig*» er om fremføringen har skjedd overfor en *sluttet krets av privat karakter*. Omfanget av kretsen fremføringen blir foretatt for har også betydning.

Bedriftsmusikkdommen dreide seg om en sak anlagt av TONO, Norsk Komponistforenings Internasjonale Musikkbyrå mot fem industribedrifter med krav om vederlag fordi disse hadde fremført musikk gjennom kringkasting eller grammofon på arbeidsplassen. Spørsmålet var om avspilling av musikk på arbeidsplass var en «*offentlig*» fremføring. Høyesterett kom frem til at det var tilfellet. Førstvoterende uttalte at vurderingen av om det foreligger en «*offentlig*» fremføring beror på bedriftens størrelse. Hvor antall arbeidstakere som har adgang til å høre på musikken er stort og vekslende og deres tilknytning innbyrdes er så fjern, mangler fremføringen den private karakter. Hvor en bedrift har et lite antall arbeidstakere og tilknytningen mellom disse er intim, slik at det kan karakteriseres som en tilknytning som en familie eller sluttet lag, er fremføringen av privat karakter. Industribedriftene var av en slik art og størrelse at fremføringen ble ansett som «*offentlig*». Det ble uttalt at dette synet var i samsvar med oppfatningen i juridisk teori⁹⁹ og forarbeider til åndsverkloven av 1960¹⁰⁰ at det «Bortsett fra småbedrifter har samværet på arbeidsplassen ikke den private karakter (...) Gjelder det et større antall personer, stemmer det derfor best med loven at fremføringen av musikk for dem på arbeidsstedet ansees for å få foregå offentlig».

I den danske dommen i UfR 2007 s. 1581 (heretter «Søppelbil») kom imidlertid den danske Høyesteret til at et renovasjonsfirmaet etter den danske ophavsretsloven ikke hadde «*offentlig fremført*» musikk på arbeidsplassen. På kontorer, verksteder og treningsrom var det ut-

⁹⁹ Knoph (1936) s. 89 og 90.

¹⁰⁰ Se Bedriftsmusikkdommen (s. 638).

plassert tv-apparater og radio- og CD-spillere som arbeidstakerne kunne benytte seg av for å høre på musikk. I søppelbilene var det også montert radioer med CD-spillere. Højesteret kom til at renovasjonsfirmaet ikke kunne anses å fremføre musikk. Fremføringen kunne etter Højesterets mening ikke under noen omstendigheter bli ansett som «*offentlig*». Begrunnelsen var at fremføringen ikke skjedde overfor en større krets når det ikke var flere enn 40 ansatte på arbeidsplassen. Det kan legges til grunn at det etter den danske ophavsretsloven dreide seg om en sluttet krets av privat karakter.

I den finske Högsta Domstolen i HD 2002:101 (heretter «Taximusikk») var spørsmålet om avspilling av musikk i en taxi var en del av taxisjåførens private sfære eller om den kunne anses som «*offentlig*» fremføring. Dersom det var tilfellet, hadde rettighetshaverne krav på vederlag for bruken. Den finske Högsta Domstolen kom til at avspilling av musikk i en taxi var å anse som «*offentlig*» fremføring. Ved avgjørelsen av om fremføringen var «*offentlig*» ble det blant annet lagt vekt på at lytterne ikke kunne bestemmes på forhånd og at hvem som helst kunne delta. Vurderingen var uavhengig av om hvor mange personer hørte på musikken samtidig.¹⁰¹ Det hadde altså ingen betydning om fremføringen skjedde overfor én eller et fåtall personer om gangen.¹⁰² Det må således legges til grunn at dommens resultat på dette punkt er i samsvar med norsk rett.

Tannlegepraksisdommen gjaldt en tvist mellom Società Consortile Fonografi og Marco Del Corso. Spørsmålet var om gratis kringkasting av fonogrammer i en privat tannlegepraksis som drev med økonomisk erverv, som pasientene kunne nyte uavhengig av deres egen vilje, var kommunikasjon til allmennheten etter opphavsrettdirektivet artikkel 3 (2) litra b) og om det ga rett til vederlag. Domstolen kom til at det ikke var kommunikasjon til offentligheten og således forelå det ikke rett til vederlag etter utleiedirektivet artikkel 8 (2). Domstolen uttalte at tannlegepasienter vanligvis består av bestemte potensielle pasienter som er

¹⁰¹ Herler (2003) s. 161.

¹⁰² Ibid.

begrenset til en krets som er av stabil sammensetning. Andre har i prinsippet ikke adgang til tannlegens ytelser.¹⁰³ Derneft er det uttalt at pasientkretsen av tannleger som kan høre det samme kringkastet fonogram, består av et lite eller ubetydelig antall personer fordi disse ikke oppholder på tannlegepraksisen samtidig. Personkretsen i en tannlegepraksis er derfor sterkt begrenset. Selv om pasientene oppholder seg på tannlegepraksisen etter tur, hører ikke pasientene de samme fonogrammer når disse er kringkastet via radio.

I Gramodommen var det spørsmål om bilutleieselskap kunne anses å ha foretatt «*offentlig*» fremføring av musikk ved utplasseringen av radio i leiebilene og om det derfor forelå vederlagsplikt etter åvl. § 45b. Retten kom til at utplassering av radio i leiebilene var å anse som «*offentlig*» fremføring. Det forelå dermed vederlagsplikt for bilutleieselskapene. Det ble uttalt at det var en tilstrekkelig forskjell mellom kundekretsen i Tannlegepraksisdommen og den foreliggende sak. Et bilutleieselskap hadde etter rettens mening en større kundekrets enn en tannlegepraksis. Leiebilene ble etter rettens mening leid ut til et betydelig antall kunder hvert år, arten av virksomheten til et bilutleieselskap gjorde kundekretsen mer ubestemt enn kretsen av tannlegepasienter og flere personer kunne sitte i leiebilen samtidig. Retten kom til at tilfellet her liknet mer på hotellvirksomhet enn en tannlegevirksomhet.

I Bedriftsmusikkdommen hadde samværet på arbeidsplassen ikke den private karakter på grunn av industribedriftenes art og størrelse. Det kan sies at det derfor ikke forelå personlige bånd mellom bedriften som ble ansett å foreta fremføringshandlingen og de ansatte som var mottakerne av fremføringen. Høyesterett kom til at antall arbeidstakere ikke var en sluttet krets av privat karakter. I Sjøppelbildommen kom den danske Høyesteret til at det ikke var foretatt en «*offentlig*» fremføring fordi bedriften ikke hadde flere enn 40 ansatte. Kretsen var altså av privat karakter når det ikke var tale om en «større» krets. Grensen på over 40 personer er oppstilt som et krav etter danske forarbeidene og praksis for at det skal være tale om «større krets». Noe tilsvarende krav finnes imidlertid ikke etter den norske

¹⁰³ Tannlegepraksisdommen premiss 95.

åvl. § 45b eller praksis. I Bedriftsmusikk-, Gramo- og Taximusikkdommene kan det underliggende resonnementet sies å være at den kretsen fremføringen skjedde for, ikke var en sluttet krets av privat karakter. Når enhver hadde tilgang til fremføringshandlingen, skjedde fremføringshandlingen i offentlighet i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. En slik fremføringshandling måtte derfor anses som «*offentlig*». Bedriftsmusikk-, Gramo- og Taximusikkdommene må dermed på dette punkt anses å være i samsvar med norsk rett.

Imidlertid kom EU-domstolen til et annet resultat i Tannlegepraksisdommen. Det kan spørres om avspilling av musikk i en tannlegepraksis ikke var «*offentlig*» når det ikke kan sies at tannlegepasienter har personlige bånd til tannlegen av privat karakter. Videre ble en stor pasientkrets som er en del av en ervervsvirksomhet ansett for å være sluttet og derfor ikke «*offentlig*». Tannlegepraksisdommen samsvarer ikke på dette punkt med den tidligere rettsoppfatning i norsk rett om at privat bruk må skje innenfor «den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper».¹⁰⁴ Det kan derfor også spørres om EU-domstolen åpner for å begrense eller innskrenke tolkningen av offentlighetsbegrepet som legger føringer på norske domstolars tolking av begrepet «*offentlig*».

3.2.1.2 Vurderingsmoment 2: Forutsatt at det er en sluttet krets, må medlemmene ha en tilknytning til hverandre

I kretser av *sluttet karakter*, som for eksempel klubber og foreninger kreves det etter rettspraksis at kretsen fremføringen foretas for, har et *bånd til hverandre* for at fremføringshandlingen ikke skal anses som «*offentlig*».¹⁰⁵ Dette er det andre momentet rettspraksis legger vekt på.

Høyesteretts kjennelse i Rt. 1979 s. 1172 (heretter «Roys Place») gjaldt tolkningen av begrepet «*offentlig*» i fondsavgiftloven. Retten kom til at fremføringen var «*offentlig*». Høy-

¹⁰⁴ Knoph (1936) s. 89.

¹⁰⁵ Rognstad (2009) s. 190.

esterett uttalte at begrepet «*offentlig*» skal tolkes på samme måte som etter åndsverkloven.¹⁰⁶ Roys Place var en klubb med formål å gi ungdommene i byen et sted å være om kveldene. På klubben skjedde det fremføring av musikk. Medlemsvilkårene gikk ut på at man måtte være over 18 år og ikke kjent for å lage bråk. Alle som oppfylte vilkårene kunne bli medlem. Ingen slapp inn bortsett fra medlemmene som hadde medlemskort. I tillegg hadde utenlandske gjester adgang. Medlemsantallet var 400 og medlemskontingent var på kr. 4 per kvartal. Imidlertid var det gjennomsnittlig bare 25-40 medlemmer tilstede under sammenkomstene. Ved vurderingen av om fremføring av musikk var «*offentlig*» la retten vekt på at det var ubegrenset adgang for voksne, en beskjeden medlemskontingent og et betydelig antall inntegnede medlemmer. Den løse tilknytningen mellom medlemmene og foreningen førte til at organiseringen som en klubb med medlemsfortegnelse og kontingent ikke kunne tillegges betydning.¹⁰⁷

I den danske dommen i UfR 1999 s. 2011 (heretter «Ungdomsklubb») kom Højesteret til at fremføring av musikk og filmer i kommunale fritidsboliger ikke var «*offentlig*». Klubbene var åpne for alle barn og ungdommer så lenge de var bosatt i det lokale området fritidsklubben dekket og dersom alderskravet var oppfylt. Det ble lagt vekt på at aktivitetene ble organisert etter medlemmenes interesser med henblikk på dannelsen av grupper av medlemmer med et interessebetont fellesskap og at det ble tilstrebet å bygge opp et personlig tillitsforhold mellom de enkelte klubbmedlemmer og de voksne klubbmedarbeidere. Ungdomsklubbene hadde således et sosialpedagogisk formål. Den enkelte klubb hadde høyst noen hundre medlemmer og det faktiske fremmøte var ytterligere begrenset. Det var derfor ikke tale om et større fellesskap og et tillitsforhold mellom disse kunne dermed etableres. Videre ble det lagt vekt på at det ikke var kommersielt preg på fremføringene og at annonsering av arrangementene ikke var offentlig.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Det samme fremgår av forarbeidene til fondsavgiftloven, Ot.prp.nr. 10 (1956) s. 9.

¹⁰⁷ Roys Place-kjennelsen (s. 1173 og 1174).

¹⁰⁸ Rognstad (2009) s. 194.

Fremføringen i saken kunne altså ses på som foretatt overfor en sluttet krets av privat karakter hvor medlemmene hadde personlig bånd til hverandre. Fremføringen hadde dermed ikke økonomisk profitt som formål og ble derfor ikke ansett som «*offentlig*».

Højesteret kom til samme resultat i UfR 2004 s. 2134 (heretter «Gymnastikforeninger»). Fremføring av musikk i gymnastikkforeninger ble heller ikke i denne saken ansett som «*offentlig*». Det ble lagt vekt på at foreningene ikke var kommersielle, og medlemskontingenter som følge av offentlige tilskudd var beskjedne og at medlemmenes frivillige arbeid var årsaken til driften av foreningene. Videre var foreningene delt opp i lag hvor deltakelsen var betinget av medlemskap. Lagene hadde et begrenset antall deltakere og det var ikke adgang til å bytte lag for hver deltakelse. Foreningen hadde som et formål å fremme sosiale relasjoner mellom medlemmene også utover gymnastikktreningen. Selv om fremføring av musikk var et vesentlig element under gymnastikken, kunne ikke denne anses som det primære.¹⁰⁹ Højesterets flertall på 3 dommere kom etter en helhetsvurdering til at fremføringen av musikk ikke kunne anses å være «*offentlig*». Mindretallet på to dommere kom det motsatte resultatet. Begrunnelsen var at fremføringen av musikken ikke kunne ha en slik privat karakter fordi foreningene var åpne. Fremføringen var dermed utenfor det private området.

Høyesterett kom i Roys Place-kjennelsen i motsetning til de danske dommene til at fremføringen skjedde utenfor det private området og derfor var «*offentlig*». Høyesterett kom til fremføringen var «*offentlig*» selv om det i de danske dommene var snakk om organisering av flere klubber og lag som var åpne. Imidlertid var det flere forhold til støtte for å knytte personlige bånd mellom medlemmene i Ungdomsklubbdommen ut fra klubbens sosialpedagogiske formål. Det var ikke de samme forhold i Roys Place-kjennelsen. Det resultatet Højesteret kom til i Ungdomsklubbdommen, kan derfor tenkes å være i samsvar med retts-

¹⁰⁹ Rognstad (2009) s. 194.

oppfatningen i norsk rett. Når det gjelder resultatet i Gymnastikforeningerdommen kan det diskuteres om det var tilsvarende forhold som i Ungdomsklubbdommen. Dette er et åpent spørsmål og Gymnastikforeningerdommen ble også avsagt under sterk dissens.¹¹⁰

Retten har i sin vurdering av tolkningen av begrepet «*offentlig*» lagt vekt på om foreningenes formål har vært å verne de sosiale hensyn eller om foreningene er kommersielle. Også i disse tilfellene kan det underliggende resonnement sies å være om fremføringen har skjedd i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Dersom foreningene har et kommersielt formål, anses fremføring som er foretatt av foreningen som «*offentlig*».

3.2.1.3 Vurderingsmoment 3: Fremføring av et verk kan indirekte øke inntektene ved at det skaper trivsel for de som spiller for seg selv

En fremføringshandling som er foretatt av brukeren for å skape *trivsel* for seg selv, kan føre til høyere inntekter dersom fremføringen er skjedd i ervervsvirksomhet. En slik fremføring anses etter rettspraksis for å være skjedd *indirekte* i ervervsøyemed slik at den er «*offentlig*». Dette er det tredje momentet rettspraksis legger vekt på.

I Bedriftsmusikkdommen ble det uttalt av Høyesterett at fremføring av musikk måtte anses å ha skjedd «indirekte i ervervsøyemed».¹¹¹ Det var etter rettens mening ikke nødvendig å ta standpunkt til om musikken faktisk ble fremført av bedriftene ut ifra hensynet til å øke produksjonen eller om fremføringen var egnet til å påvirke produksjonen. Det ble lagt til grunn at selv om sosiale hensyn kan tale for å fremføre musikken, går slike tiltak inn som et ledd i de alminnelige arbeidsvilkår som bedriftene ser seg tjent med å innføre.¹¹²

¹¹⁰ Rognstad (2009) s. 195.

¹¹¹ Bedriftsmusikkdommen (s. 638).

¹¹² Ibid.

I Taximusikkdommen ble det uttalt at selv om forretningsvirksomheten var av primær karakter og avspillingen av musikk av sekundær karakter, var avspilling av musikk i taxier «*offentlig*» fremføring fordi avspilling av musikk også hadde et trivselsaspekt til fordel for ervervsvirksomheten. Det ble lagt til grunn at avspilling av musikk ikke kunne være innenfor drosjesjåførens private sfære fordi taxikjøring hører under taxisjåførens ervervsvirksomhet. Videre ble det uttalt at taxivirksomhet er en ervervsvirksomhet som er avhengig av at kunden betaler for ytelsen slik at taxisjåføren får fortjeneste. Uten å betale for en ytelse ville det ikke være tale om en taxivirksomhet.

Imidlertid kom domstolen til i Tannlegepraksisdommen at overføring i tannlegepraksisen ikke kunne anses å skje med vinning for øye.¹¹³ Det ble i denne sammenheng uttalt at en tannlege ikke kunne forvente en stigning i hyppigheten av besøkende pasienter til sin praksis ved kringkasting av fonogrammer. Kringkasting av fonogrammer kunne heller ikke heve prisene på tannlegeytelsene. Pasientene hadde ikke interesse i det overførte verket som tiltrakk dem til tannlegepraksisen som i tilfellet var ved hotell- og pubvirksomhet i Rafael Hoteles- og Premier Leaguedommene.¹¹⁴ Tannlegepasienters formål var å motta behandling; de var tilfeldig gjenstand for tilgjengeliggjøring ved overføring av fonogrammer og overføringen skjedde uavhengig av deres egne ønsker. En slik kringkasting av fonogrammer kunne derfor ikke påvirke det økonomiske resultatet.

I Gramodommen kom retten til at tilfellet i saken liknet mer på hotellvirksomhet enn en tannlegevirksomhet. Det ble uttalt at en radio som var montert ferdig hadde betydning for kvaliteten av leiebilene. Det hadde et trivselsaspekt og ga bilutleieselskapene en økonomisk fordel.

¹¹³ Premiss 99.

¹¹⁴ Se nærmere om saksforholdet i Premier Leaguedommen i avsnitt 3.2.1.5: «Vurderingsmoment 5: Fremføring av et verk foretas med vinning for øye».

Dommenes underliggende resonnement kan sies å være at når fremføringshandlingen muliggjør ytterligere mottak, altså til nytt publikum, skjer fremføringshandlingen i strid med rettighetshavers økonomiske interesser og må derfor anses som «*offentlig*». De aktuelle handlingene skapte potensiale for ytterligere mottak av verket enn det rettighetshaveren hadde tatt i betraktning når dette skjedde i ervervsvirksomhet. De aktuelle handlingene hadde således et kommersielt preg. Det har videre ingen betydning om fremføringshandlinger skjer indirekte i ervervsøyemed eller om den faktisk er med på å påvirke produksjonen. I Tannlegepraksisdommen ble fremføring av musikk foretatt i ervervsvirksomhet. Ifølge EU-domstolen hadde det imidlertid betydning at fremføring av musikk for tannlegepasientene faktisk ikke kunne øke tannlegens fortjeneste. De nordiske dommene er i samsvar med hverandre og den tolkningen som ble lagt til grunn av begrepet «*offentlig*» etter lovens ordlyd og forarbeider. Tannlegepraksisdommen åpner derimot for en annerledes tolkning av begrepet «*offentlig*».

3.2.1.4 Vurderingsmoment 4: Fremføring av et verk kan indirekte øke inntektene ved at det skaper trivsel for de som spiller, fordi andre hører det

På samme måte som når avspilling av verk indirekte kan øke verdien ved at det skaper trivsel for dem som spiller for seg selv, kan det også øke inntektene fordi andre også får glede av fremføringen. Dette er det fjerde momentet rettspraksis legger vekt på.

I Taximusikkdommen ble det som nevnt uttalt at selv om forretningsvirksomheten var av primær karakter og avspillingen av musikk av sekundær karakter, var avspilling av musikk i taxier «*offentlig*». Når avspilling av musikk skjedde i ervervsvirksomhet var ikke bare taxisjåføren, men også de andre som var tilstede, mottakere av fremføringen av musikken. Kundene betalte for en ytelse som var taxisjåførens fortjeneste og taxivirksomheten er en ervervsvirksomhet som er avhengig av at kunden betaler. Fremføringen av musikken økte inntektene indirekte.

I Gramdommen ble det videre som nevnt uttalt at en radio som var montert ferdig hadde betydning for kvaliteten av leiebilene. Det ga bilutleieselskapene en økonomisk fordel fordi monteringen av radio hadde et trivselsaspekt for kundene.

Også her kan dommenes underliggende resonnement sies å være at når de aktuelle fremføringshandlinger gir en økonomisk fordel ved at fremføringen gjøres tilgjengelig for ytterligere mottakere i ervervsvirksomhet, skjer fremføringshandlingen i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. En fremføringshandling i strid med rettighetshavers økonomiske interesser må anses som «*offentlig*». Dette resonnementet etter rettspraksis er således i samsvar med det som følger av åndsverkloven og dens forarbeider.

3.2.1.5 Vurderingsmoment 5: Fremføring av et verk foretas med vinning for øye

Hvor en fremføringshandling skjer i *ervervsøyemed*, anses det klart som «*offentlig*». Dette er det femte momentet rettspraksis legger vekt på.

Jukeboksdommen dreide seg om en straffesak mot en mann som hadde unnlatt å betale vederlag for fremføring av musikk ved hjelp av jukeboks og grammofonautomat som var utplassert på en kafé på et hotell. Spørsmålet relevant for denne oppgaven var om det var foretatt en «*offentlig*» fremføring. Høyesterett forkastet anken og stadfestet byrettens dom. I byrettens dom ble det uttalt at den tiltalte i ervervsøyemed ved hjelp av en jukeboks på en kafé fremførte musikk «*offentlig*». Den offentlige fremføringen skjedde ved at kaféens gjester puttet penger på jukeboksen og hørte på musikken som de ønsket.¹¹⁵ Det avgjørende for resultatet var at fremføringen hadde skjedd i ervervsøyemed og hadde dermed et kommersielt preg.

Rafael Hotelesdommen er nok den sentrale rettsavgjørelse som illustrerer dette. Saken gjaldt en tvist mellom SGAE, et forvaltningsorgan for intellektuelle rettigheter i Spania og

¹¹⁵ Jukeboksdommen (s. 785 og 786).

Rafael Hoteles om hotelleiers utplassering av fjernsynsapparater på hotellrom. Spørsmålet var om utplassering av tv-apparater på hotellrom var å anse som overføring til allmennheten av beskyttede verk.

Overføringen i saken ble ansett å være en overføring til allmennheten utført av en annen enn det opprinnelige kringkastingsforetaket. Overføringen ble derfor tilgjengeliggjort for et annet publikum enn det publikum som den opprinnelige overføringen av verket var rettet mot, altså for et nytt publikum.¹¹⁶ Det samme ble også vist til i Premier Leaguedommen. Det ble i Premier Leaguedommen uttalt at et nytt publikum er et publikum som opphavsmannen av verket «ikke hadde taget i betraktning, da [han] godkendte [hans] anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum».¹¹⁷ Saken gjaldt en tvist mellom Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. om salget av dekodeanordninger som i strid med salgsavtalen ble brukt utenfor det geografiske området.

Spørsmålet som er relevant for denne oppgaven var om kringkasting av Premier League-kampene som var overført til fjernsyn i en pub av pubeieren var «*offentlig*» fremføring. Nærmere formulert var spørsmålet om det forhold at den delen av allmennheten som kringkastingsselskapet ikke hadde tatt i betraktning, fordi det i dette tilfellet var brukt et innlandsk dekodekort for en medlemsstat i en annen medlemsstat for et kommersielt publikum, utgjør et nytt publikum. EU-domstolen kom til at det var overføring til allmennheten. Videre ble det i sammenheng med hva opphavsmannen hadde forutsatt uttalt at opphavsmannen ved kringkasting av sitt verk bare hadde tatt i betraktning mottagere av signalene som er innehavere av fjernsynsapparater og som følger kringkasting individuelt, privat eller i familiemessig sammenheng. Med en gang overføring av et kringkastet verk skjer på et sted tilgjengelig for allmennheten som gir adgang til å høre eller se verket av innehaveren

¹¹⁶ Rafael Hotelesdommen premiss 40 og 42.

¹¹⁷ Premier Leaguedommen premiss 197.

av fjernsynsapparatet må det anses som et nytt publikum.¹¹⁸ I dommen vises det videre til Rafael Hotelesdommen hvor det uttales om overføring til nytt publikum at det vil også ha betydning om programmene overføres til et «bredere publikum – og under tiden med henblik på økonomisk udbytte».¹¹⁹

Ifølge rettspraksis fra EU-domstolen er det altså det sentrale hensynet ved vurderingen av om en fremføringshandling er «*offentlig*» at det skjer med vinning før øye. Dette gjelder særlig hvor det foreligger rett til vederlag etter utleiedirektivet artikkel 8 (2) av hensyn til beskyttelsen av rettighetshavers økonomiske interesser.¹²⁰

Av Rafael Hotelesdommen følger det at et hotells medvirkning til å gi gjestene tilgang til kringkastede verk anses som en tilleggsytelse som har til formål å «opnå et vist udbytte heraf».¹²¹ Domstolen la til grunn at tilleggsytelsen var av betydning for hotellets klasse og dermed for prisen for hotellrommene. Videre ble det uttalt i Tannlegepraksisdommen at det samme gjelder i tilfeller hvor en eier av en kafé eller restaurant foretar overføring av kringkastede verk via radio som er egnet til å påvirke hyppigheten av besøk til kaféen eller restauranten og dermed det økonomiske resultatet.¹²²

Det følger videre av Premier Leaguedommen at en pubeier drar nytte av overføringen av kringkastede verk via tv-apparat og høyttalere når det tiltrekker ytterligere gjester. Gjesteres interesse i å komme til puben ligger i det overførte verket. Hyppigheten av antall besø-

¹¹⁸ Premier Leaguedommen premiss 198.

¹¹⁹ Rafael Hotelesdommen premiss 41. Se også Premier Leaguedommen premiss 206.

¹²⁰ Tannlegepraksisdommen premiss 88 og 89.

¹²¹ Rafael Hotelesdommen premiss 44, Premier Leaguedommen premiss 205 og Tannlegepraksisdommen premiss 90.

¹²² Tannlegepraksisdommen premiss 90.

kende øker således på grunn av overføring av verk og påvirker dermed pubens inntekt. Det forelå derfor en overføring til allmennheten med vinning for øye.¹²³

I Rafael Hoteles- og Premier Leaguedommene la domstolen følgelig til grunn at kommunikasjonen skjedde med vinning for øye. I Gramodommen ble det også lagt til grunn at kringkastingssendingene ved utplasseringen av radio i leiebilene nådde et nytt publikum som ellers ikke ville kunne høre på radio.

Når en fremføringshandling blir foretatt i ervervsøyemed med vinning for øye har fremføringshandlingen klart et kommersielt preg i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Det er som nevnt rettighetshavernes kommersielle rettigheter som søkes beskyttet gjennom regelverket. En slik fremføringshandling anses som «*offentlig*» fordi den med vinning for øye blir gjort tilgjengelig for et annet publikum enn det rettighetshaver hadde tatt i betraktning. Disse dommene er i samsvar med hverandre og tolkningen som ble lagt til grunn om begrepet «*offentlig*» etter lovens ordlyd og forarbeider.

3.2.1.6 Oppsummering av hva som ligger i begrepet «offentlig»

Det følger av de dommene som det er blitt redegjort for at det sentrale gjennomgående hensynet bak tolkingen av begrepet «*offentlig*» er om fremføringshandlingen foretas i strid med rettighetshaverens økonomiske interesser. Det fremgår av norsk og nordisk rettspraksis at dersom et opptak eller et verk fremføres i ervervsvirksomhet, har det ingen betydning at det skjer for å underholde brukeren selv eller for å skape trivsel for brukeren. Det har videre ingen betydning om brukeren foretar en fremføringshandling med vinning for øye eller ikke, eller at fremføringen faktisk gir brukeren en kommersiell fordel. Det er med andre ord tilstrekkelig at den aktuelle fremføringshandlingen er skjedd i ervervsvirksomhet og at den er egnet til å gi brukeren en kommersiell fordel. Det sistnevnte følger også av

¹²³ Premier Leaguedommen premiss 205 og 206. Se også Rafael Hotelesdommen premiss 44.

Rafael Hoteles- og Premier Leaguedommene. Imidlertid er denne rettsoppfatningen ikke i samsvar med Tannlegepraksisdommen hvor EU-domstolen har kommet til at avspilling av musikk i tannlegepraksis ikke kan anses som «*offentlig*» fremføring. Det kan som nevnt spørres om det konkrete rettsforholdet i saken manglet det kommersielle preg når det ikke kan sies at tannlegepasienter har et personlig bånd til tannlegen som er av privat karakter. Videre får tannlegepasientene tannlegebehandling mot ytelse og avspilling av musikk skjer i ervervsvirksomhet. En stor krets som er en del av en ervervsvirksomhet ble videre ansett for å være sluttet og derfor ikke «*offentlig*». Det kan derfor spørres om domstolen åpner for å begrense og innskrenke tolkningen av begrepet «*offentlig*». Det kan videre spørres om rettighetshaverne får et effektivt vern mot det skadepotensiale som skapes ved at avspilling av musikk i tannlegepraksis ikke kan anses som «*offentlig*» fremføring, når opphavsrettsdirektivets primære formål er å sikre effektiv beskyttelse av opphavsmannens økonomiske interesser og utleiedirektivet artikkel 8 (2) gir en rett til vederlag ved overføring til allmennheten. Imidlertid er Tannlegedommen er gjeldende rett til EU-domstolen uttrykkelig fraviker denne.

3.2.2 Nærhetskravet

Eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ved «*offentlig fremføring*» omfatter imidlertid ikke enhver fremføringshandling som gjør et opptak eller et verk tilgjengelig for offentligheten. Overbegrepet *tilgjengeliggjøring for allmennheten* legger sterke begrensninger på å anse en aktuell handling som «*fremføring*».¹²⁴ Dette skyldes behovet for å trekke en grense av hensyn til brukeren. Ifølge rettspraksis er det lagt til grunn at det må stilles krav til *nærhet og umiddelbarhet mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til opptaket eller verket*.¹²⁵ Spørsmålet er om brukeren ved tilrådighetsstillelse ved utplassering av utstyr etablerer en *mulighet* for en umiddelbar opplevelse av et opptak eller et verk. Dersom brukeren etablerer en mulighet for en umiddelbar opplevelse av opptak eller et

¹²⁴ Tande (2004) s. 130.

¹²⁵ Rognstad (2009) s. 181.

verk også for andre enn seg selv, foreligger det tilgang til potensielle mottakere i strid med rettighetshavers økonomiske interesser.¹²⁶ Imidlertid gjelder ikke det samme når brukeren foretar en fremføringshandling for seg selv og dermed får tilgang til opplevelse av opptaket eller verket.¹²⁷ Det gjelder som nevnt i tilfeller hvor brukeren stiller til rådighet utstyr for personlig interaktiv bruk ved for eksempel tilrådighetsstillelse av datamaskiner med Internett på offentlige steder. Brukerens bevisste handling har altså betydning¹²⁸ ved vurderingen av om kravet til *nærhet og umiddelbarhet* er oppfylt slik at den aktuelle handlingen kan anses som en «*offentlig fremføring*». Det er slått fast i EU-domstolens praksis at det foreligger overføring etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) hvor brukeren medvirker til overføring av verk med fullt kjennskap til konsekvensene av sine handlinger. Det er dette spørsmålet som skal drøftes nærmere i dette avsnittet.

I Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 23 er det uttalt at tilrådighetsstillelse av datautstyr med Internett tilgang ikke kan anses som tilgjengeliggjøring for allmenheten. I slike situasjoner må rettighetshaverne forholde seg til den som har tilgjengeliggjort opptaket eller verket på Internett. Den som stiller datautstyret til disposisjon kan rettighetshaverne forholde seg til i de tilfeller hvis denne gjør materialet tilgjengelig for allmennheten fra sin egen server.¹²⁹ Videre kan konvergensutviklingen hvor flere ulike former for avspillingsutstyr smelter til ett kan gi mange avgrensingsproblemer slik som det er blitt påpekt i Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 23.¹³⁰ Det underliggende resonnement kan anses å være at det ikke foreligger tilstrekkelig *nærhet og umiddelbarhet* mellom den aktuelle fremføringshandlingen som brukeren foretar, altså utplasseringen av datautstyr, og tilgangen til opptaket eller verket for de

¹²⁶ Tande (2004) s. 131.

¹²⁷ Se for øvrig avsnitt 3.2.

¹²⁸ Rafael Hotelesdommen premiss 42, Premier Leaguedommen premiss 195 og Tannlegepraksisdommen premiss 82.

¹²⁹ Se også Rognstad (2009) s. 181.

¹³⁰ Ibid.

som er gjenstand for tilgangen. Ole-Andreas Rognstad¹³¹ legger til grunn at det ved avgjørelsen av om det foreligger *nærhet og umiddelbarhet* mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til verket bør det ses hen til *hensikten* med den aktuelle handling. Der som den primære hensikten til brukeren med den aktuelle handling er å gi tilgang til verket, utgjør det et tungtveiende moment ved avgjørelsen av om det er en fremføring. Det samme er lagt til grunn i Gramodommen. Ole-Andreas Rognstad¹³² legger videre til grunn at det ikke burde kreves vederlag av bilutleieselskaper som leier ut biler med installert radio. Hvis arbeidsgivere stiller datamaskiner til rådighet for sine ansatte må det samme gjelde når det ikke legges til rette for tilgang til radio eller fjernsyn. I disse tilfellene burde det altså sies at det ikke foreligger *nærhet og umiddelbarhet* mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til opptaket eller verket.

Nærhetskravet kan altså, basert på de ovennevnte hensyn og forarbeider, anses som et utslag av det sentrale hensynet om at fremføringshandlinger ikke skal foretas i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. Dersom brukerens primære formål er å gi tilgang til opptaket eller verket, anses nærhetskravet å være oppfylt slik at handlingen er «*offentlig fremføring*». Slik sikres rettighetshaver et effektivt vern.

3.2.2.1 Fastlegging av nærhetskravet basert på domsanalyse

3.2.2.1.1 Graden av tilrettelegging – brukerens bevisste handling

Ved vurderingen av om nærhetskravet er oppfylt legger rettspraksis vekt på *graden av brukerens tilrettelegging – brukerens bevisste handling*, for andres mottak av opptaket eller verket.

¹³¹ Rognstad (2009) s. 181.

¹³² Ibid.

Dommen i Rt. 1995 s. 35 (heretter «Smartkort») kan ses som et utslag av behovet for å trekke en grense for hva som anses som en «*offentlig fremføring*». Saken gjaldt en straffesak mot en mann som hadde kopiert smartkort og solgt dem. Smartkortene ga tilgang til tv-sendinger til filmkanaler som gjorde det mulig å se på filmer på disse filmkanalene. Tv-sendingene var i utgangspunktet forbeholdt abonnenter. Spørsmålet var om han gjennom å skaffe tilgang til de opphavsrettsbeskyttede tv-sendingene kunne sies å ha fremført filmene offentlig. Høyesterett kom til at den tiltalte ikke kunne anses for selv ha fremført dem. Høyesterett uttalte at kortene muliggjorde tilgang, tilsvarende det et tv-apparat på et hotellrom og jukebokser på offentlige steder gjør. Den forelå imidlertid ikke fremføring – «som for øvrig i tid [lå] forut for sendingen av filmene».¹³³ Kjøperne fikk ikke *umiddelbar* tilgang til filmene gjennom tv-sendingene ved salget av smartkortet. Tilgangen til filmene forutsatte at de som kjøpte smartkortene selv disponerte mottaksutstyr og installerte kortet i mottakeren.¹³⁴ I denne saken var det altså ikke mulig å gi en umiddelbar tilgang til filmene ved salget av smartkortene.¹³⁵ Det forelå derfor ikke slik *nærhet* til tilgangen som kreves for å anse salget av smartkortene for en fremføringshandling. Høyesterettsdommen illustrerer hvor langt den dynamiske grensedragningen egentlig rekker. Den domfelte hadde til hensikt og foretok en bevisst handling for å gjøre filmene tilgjengelig for kjøperne. Likevel kom Høyesterett til at salget ikke ga *umiddelbar* tilgang, tidsmessig eller på annen måte, slik at handlingen ikke kunne anses som en fremføring.¹³⁶

I Sjøppelbildommen kom den danske Højesteret som nevnt til at renovasjonsfirmaet ikke kunne anses å ha fremført musikk etter den danske ophavsretsloven. Højesteret uttalte at renovasjonsfirmaet ikke kunne anses å ha fremført musikk ved viderespredning over kabelanlegg eller lignende via tv-apparater og radio- og CD-spillere. Utplassering av radio og tv-

¹³³ Smartkortdommen i Rt. 1995 s. 35 (s. 37).

¹³⁴ Se også Napster.no-dommen avsnitt (43) og Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 22-23.

¹³⁵ Tande (2004) s. 131.

¹³⁶ Ibid.

apparater til på kontorene, verkstedene, treningsrom og søppelbilene kunne ikke i seg selv anses som en fremføringshandling. Det var omtvistet om renovasjonsfirmaet hadde mulighet til å velge bort radioene i søppelbilene mot et prisavslag. Videre var det også omtvistet om renovasjonsfirmaet betalte for tv- og radiolisens som en næringsdrivende og om renovasjonsfirmaet stilte CD-er til disposisjon selv. Graden av tilrettelegging av bruken ble ansett som beskjeden, og det kunne dermed ikke sies at det var *tilstrekkelig nærhet og umiddelbarhet* mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til musikken. Imidlertid når det gjelder tilrådighetsstillelsen av radio- og fjernsynsapparatene i kontorlokalene og verkstedene, taler det for at det forelå fremføring på grunn av brukers forhold. Standpunktet begrunnes ikke nærmere fordi Høyesterets begrunnelse er kort.

RG. 2008 s. 193 (heretter «Pitbullterje») gjaldt straffesak mot en mann som ved hjelp av en nedlastet programvare lastet ned spillefilmen «Pitbullterje». Nedlastingen skjedde imens spillefilmen ble streamet lovlig av rettighetshaverne på nettsiden start.no uten noen form for tekniske beskyttelsesformer. Deretter opprettet mannen en link til piratebay.org hvor andre kunne laste ned filmen fra. Det som ligger på piratebay.org er lenker til materialer til filer som man har på egen maskin. Det ligger ikke filer på piratebay.org. Spørsmålet var om den tiltalte hadde gjort et åndsverk tilgjengelig for allmennheten. Retten kom til at det i dette tilfellet var en tilgjengeliggjøring til allmennheten ved «*offentlig fremføring*» selv om mannen ikke hadde fortatt tilgjengeliggjøringen i ervervsøyemed. Det underliggende resonnement kan sies å være at han foretok en bevisst handling når han synes det var «en kul greie» å gjøre spillefilmen tilgjengelig for allmennheten ved linking i strid med rettighetshavers økonomiske interesser.

I Gramodommen hadde de saksøkte anført at radioen måtte ses på som leiebilens multifunksjonsenhet som datamaskiner som omtalt i forarbeidene til endringsloven til åndsverkløven av 2005.¹³⁷ Denne teknologien ga kundene valget mellom å spille egen musikk, høre

¹³⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 22 og 23.

på radio ved bruk av sin egen mobiltelefon, nettbrett eller bærbar datamaskin og USB- eller Bluetooth-teknologi. Retten kunne ikke se at denne type innmontert radio kunne likestilles med tilrådighetsstillelse av datamaskiner med tilgang til Internett. Det ble lagt vekt på at multifunksjonsenheter i leiebilene ikke gir Internetttilgang, og gir kun en mulighet til å høre på det som er lastet ned av kundene selv, gjennom sin egen mobiltelefon, MP3-spiller, nettbrett eller bærbar datamaskin. Tilgangen til de funksjoner som en datamaskin gir, er ikke de samme i multifunksjonsenheter. Det ble i retten uttalt at en forskjell mellom en hotelleiers utplassering av mottaksutstyr på hotellrommet og den foreliggende sak var at radioen i leiebilene er en integrert del av leiebilens multifunksjonsenhet. Det ble uttalt at det for bilutleieselskapene i realiteten ikke er et alternativ å anskaffe leiebiler uten radio eller å koble fra radioen for ellers ville kostnadene overstige det eventuelle vederlaget som måtte betales til Gramo. På denne bakgrunn kunne ikke radioen ses isolert slik som ved tilfellene ved utplassering av tv-apparater på hotell.

Det avgjørende for retten var ikke at radioen var en multifunksjonsenhet, men at det bilutleieselskapene gjorde det mulig for tilgang til kringkastingssendinger gjennom utplassering av en særskilt innmontert radio i multifunksjonsenheter som kunne motta kringkastingssendinger. Etter rettens mening kunne denne inaktive utplasseringen av radioen likevel ikke få betydning fordi kringkastingssendingene nådde et nytt publikum, det vil si at den var «offentlig». I dommen uttales det videre at selv om den primære hensikten er en annen enn andres verkstilgang, er det tilstrekkelig for å konstatere en fremføring at andres verkstilgang er en «*nærliggende og nødvendig konsekvens av handlingen*». Når det gjaldt den konkrete saken uttalte retten at bilutleieselskapenes primære hensikt er utleie av biler. Utplassering av radio i leiebilene ble likevel ansett å gi kundene gode og sikre kjøreopplevelser slik at de valgte å komme tilbake. Selv om bilutleieselskapene i realiteten ikke kunne velge bort utplasseringen av radio, hadde bilutleieselskapene tidligere spesifisert ønsket om å ha radio og CD-spillere i leiebilene fra billeverandørene. Retten la da vekt på den kommersielle fordelene utplassering av radio i leiebilene innebar og kom til at *nærhetskravet* var oppfylt.

Retten åpnet for at konvergensutviklingen i fremtiden kan føre til at ulike former for nedlastings- og avspillingsutstyr smelter sammen slik at det kravet til «tilstrekkelig nærhet mellom bilutleie og allmennhetens tilgang til kringkastingssendinger»¹³⁸ ikke lenger er oppfylt.

Videre fremgår det av dommen at retten ikke kunne se at tilgangen til kringkastingssendinger for kundene til bilutleieselskapene er en «så fjern konsekvens»¹³⁹ av utleie av biler med innmontert radio som blir foretatt av bilutleieselskapene. Det ble lagt vekt på at bilutleieselskapene stiller leiebiler med innmontert radio til disposisjon for kundene og at kundene ikke trenger å gjøre noe annet enn å slå på radioen. Kundene trengte ikke eget utstyr for å få tilgang til radiosendingene slik som tilfellet var i Smartkortdommen. Situasjonen i den foreliggende sak skilte etter rettens mening klart fra den sistnevnte dommen. Kravet til *nærhet og umiddelbarhet* var dermed oppfylt.

Ifølge EU-domstolen i Tannlegepraksisdommen måtte det legges til grunn at pasientene fikk tilgang til kringkasting av fonogrammer på grunn av tannlegens bevisste handling. Det var således en bevisst handling å ha medvirket til overføring av fonogrammene. Dette gjaldt selv om pasientene befant seg innenfor sendeområdet for signaler som overførte fonogrammer. Likevel kom domstolen i Tannlegepraksisdommen til at fremføringen ikke kunne anses som «*offentlig*» fordi fremføringen blant annet ikke var av kommersielt preg. Det ble vist til likheten i Rafael Hoteles- og Premier Leaguedommene og det ble uttalt at hvis en hotelleier ikke hadde gitt sine gjester tilgang til verk ved overføring, hadde hotellgjestene i prinsippet ikke hatt tilgang til verket.¹⁴⁰ I Premier Leaguedommen ble det uttalt

¹³⁸ Jfr. Gramdommen.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Tannlegepraksisdommen premiss 94 og 82 og Rafael Hotelesdommen premiss 42.

at en pubeier bevisst foretar en overføring når kringkastet verk ved hjelp av tv-apparat og høyttalere gjøres tilgjengelig for sine tilstedeværende gjester.¹⁴¹

3.2.2.2 Oppsummering av hva som ligger i nærhetskravet

Dommene belyser at det ved vurderingen av nærhetskravet legges vekt på i hvilken grad brukeren foretar fremføringshandling for å gi tilgang til opptaket eller verket. Dersom tilgangen gis til ytterligere mottakere i stor grad ved tilrettelegging og hans bevisste handling, anses nærhetskravet å være oppfylt slik at handlingen anses som «*offentlig fremføring*». Det sentrale er også her hensynet til rettighetshavers *økonomiske interesser* ikke skal bli skadelidende.

3.2.2.3 Noen spesielle bemerkninger om Gramodommen

Det kan stilles spørsmål om hvordan utfallet av den konkrete saken i Gramodommen stiller seg i forhold til det som fremgår av forarbeidene om konvergensutviklingen av teknologisk utstyr hvor flere avspillingsutstyr smelter til ett og utgjør én multifunksjonsenhet. Det fremgår som nevnt av forarbeidene at tilrådighetsstillelse av datautstyr ikke skal anses som en «*offentlig fremføring*» av et opptak eller et verk. Konvergensutviklingen kan føre til at multifunksjonsenheter blir av så utpreget generell funksjonalitet i fremtiden at selve utplasseringen av utstyr av en bruker hvor mottakeren kan få opplevelse av et opptak eller et verk ikke kan anses som «*offentlig fremføring*». Årsaken til det er at kravet til *nærhet og umiddelbarhet* mellom fremføringshandlingen og allmennhetens tilgang til det ikke er oppfylt.

En bruker som stiller til rådighet en multifunksjonsenhet av generell funksjonalitet kan ikke sies å ha foretatt en fremføring av et opptak eller et verk for offentligheten fordi brukeren ikke kan anses å ha den hensikt. En multifunksjonsenhet hvor det gis adgang til mange forskjellige aktiviteter kan oppfattes som et utstyr av så generell karakter at det å anse bruke-

¹⁴¹ Premier Leaguedommen premiss 196.

rens utplassering av utstyret som en offentlig fremføringshandling av et opptak eller et verk fremstår som for fjernt. Utplassering av multifunksjonsenheter med så generelle funksjoner gjør at tilgang til et verk eller et opptak beror på brukerens initiativ for at brukerens skal få opplevelse av et verk eller et opptak. Når brukerens selv skaffer seg tilgang til fremføring av et opptak eller et verk, kan den ikke anses som offentlig og er derfor ikke en enerettskrenkelse. Utplassering av multifunksjonsenheter kan derfor ikke anses som en fremføringshandling foretatt av brukeren i strid med rettighetshavers økonomiske interesser. I datamaskiner er det ikke installert radioer, men det er tilgang til Internett som ofte brukes for fremføring av et opptak eller et verk.

Her må det også nevnes Smarttv-er som ikke bare gir tilgang til kringkastingssendinger, men er av utpreget generell funksjonalitet hvor det blant annet gis tilgang til Internett, sosiale medier som Skype, Facebook og andre tjenester som Netflix, Viaplay og YouTube. I slike tilfeller fremstår fremføringshandling av et opptak eller et verk som for *fjernt* ved brukerens utplassering og mottakeren må selv skaffe seg tilgang. Det kan derfor spørre om hvorfor retten i Gramodommen la avgjørende vekt på at radioen var en særskilt tilrettelegging for mottak av kringkastingssendinger når det ble lagt til grunn at bilutleieselskapene ikke hadde muligheten til å velge bort monteringen av radioene i leiebilene og om dette resonnementet kan tenkes å være aktuell i takt med konvergensutviklingen. Multifunksjonsenheter ga kundene valget mellom å spille egen musikk, høre på radio ved bruk av sin egen mobiltelefon, nettbrett eller bærbar datamaskin og USB- eller Bluetooth-teknologi. Denne type innmonterte radio kunne etter rettens mening likevel ikke likestilles med tilrådighetsstillelse av datamaskiner med tilgang til Internett. Det ble lagt avgjørende vekt på at multifunksjonsenheter i leiebilene ikke gir Internetttilgang, men gir kun en mulighet til å høre på det som er lastet ned av kundene selv gjennom sin egen mobiltelefon, MP3-spiller, nettbrett eller bærbar datamaskin. Konvergensutviklingen kan føre til at multifunksjonsenheter blir av så utpreget generell funksjonalitet i fremtiden at selve utplasseringen av utstyr av en bruker hvor mottakeren kan få opplevelse av et opptak eller et verk ikke kan anses som en fremføringshandling fordi kravet til *nærhet og umiddelbarhet* ikke lenger kan anses som oppfylt.

3.2.2.4 Fortsettelse av nærhetskravet – nærhetskravet ved linking

Det kan stilles spørsmål om bruk av linker skal anses omfattet av eneretten til å gjøre et opptak eller et verk tilgjengelig for allmennheten ved tilrådighetsstillelse på Internett etter åvl. § 2 fjerde ledd. Allmennheten får tilgang til opptak eller et verk gjennom linker på Internett ved on-demandtjenester. En link er en henvisning med kodete instruksjoner i et hyperdokument som forespør et annet dokument eller en fil som er lastet opp på datamaskiner relatert til Internett.¹⁴² Dersom den kodete instruksjonen godtas i nettleseren kommer dokumentet eller filen opp hos datamaskinen hvor den aktiveres. Det skilles mellom forskjellige type linker. Den ene typen linker er «referanselinker» hvor aktivering av disse fører til at man kommer til en annen side. Den andre typen er «hentelinker» som er en integrert del av hoveddokumentet hvor websiden åpnes automatisk til avspilling av lydfiler og filmsnutter. Den tredje typen linker er «overflatelinker» som peker videre til det spesielle nettside med dokumentet og «dyplinker» som peker til nettsider dypere inne i strukturen av dokumenter.¹⁴³

Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten ved «*offentlig fremføring*» etter § 2 gjelder som nevnt hver enkelt gang et verk blir fremført. Formålet bak linking er at den skaper et alternativ tilgang til opphavsmannens verk eller rettighetshavers opptak. Det ene synspunkt er derfor at en link burde anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring av opptaket eller verket for allmennheten på Internett.¹⁴⁴ Imidlertid har det også vært tvil om linkene skal være omfattet av eneretten. Årsaken til tvilen er at linkene utgjør det essensielle i world wide web (heretter «www»), det globale informasjonsrom, som gjør informasjonen tilgjengelig på Internett.¹⁴⁵ Linker i www vil alltid bygge på en allerede eksisterende til-

¹⁴² Rognstad (2009) s. 183.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Tande (2004) s. 136.

¹⁴⁵ Rognstad (2009) s. 183.

gjengeliggjøring.¹⁴⁶ Det andre synpunktet er derfor at linker ikke kan anses som selvstendig fremføring av opptaket eller verket og som dermed er omfattet av eneretten fordi disse ikke er noe annet enn rene henvisninger til dokumentets eller filens nettadresse.¹⁴⁷ Det hevdes imidlertid også at rene henvisninger kan kun sies å foreligge i de tilfellene hvor man ved å klikke på en dyplink kommer til det nettstedet hvor rettighetshaverens egne interne linker til verk eller opptaket ligger.¹⁴⁸ Hva som kan anses som en tilgjengeliggjøring ved «*offentlig fremføring*» som omfattes av eneretten kan derfor sies å bero på om linkingen er en selvstendig tilgjengeliggjøring eller bare en ren henvisning til et opptak eller et verk. Dersom det er tale om en ren henvisning til et opptak eller et verk, kan ikke nærhetskravet anses for å være oppfylt. En ren henvisning kan da heller ikke være i strid med rettighetshavers økonomiske interesser.

Disse to motstridende synspunkter er avspeilet i nordisk og internasjonal rettspraksis. Napster.no-dommen gjaldt krav om erstatning for krenkelse av rettighetene til ulike rettighetshavere fordi nettstedet Napster.no hadde utlagt linker til beskyttede musikkverker i MP3-format etter åvl. § 55, jfr. § 54 første ledd litra a) og d), jfr. §§ 2, 42 og 45. De besøkende på nettsiden kunne ved å klikke på linken spille av musikkfilene eller laste disse ned på egen datamaskin. De kunne også avbryte forespørselen. Spørsmålet var om dyplinkingen til musikkfilene var for fjern til å rammes av eneretten siden disse allerede var lastet opp, publisert og dermed tilgjengeliggjort ved ulovlig fremføring på Internett. Dersom det var tilfellet, kunne dyplinkingen ikke anses som en tilgjengeliggjøring ved «*offentlig fremføring*» av musikkverkene etter åvl. § 2. Høyesterett kom til at linkene ikke var tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det avgjørende for Høyesterett var ikke hva slags linking det var tale om, men hvordan teknikken virker og hvordan det gis tilgang til verkene. Høyesterett uttalte at dersom man skulle anse linking som tilgjengeliggjøring, ville det skape pro-

¹⁴⁶ Tande (2004) s. 137.

¹⁴⁷ Rognstad (2009) s. 184 og Tande (2004) s. 134.

¹⁴⁸ Tande (2004) s. 142.

blemer med å skille mellom linker til musikkfiler og rene henvisninger til nettadressene for musikkfilene. Videre uttalte Høyesterett at konsekvensene av å anse linking som tilgjengeliggjøring ville være at «lenking, både til lovlig og ulovlig utlagt beskyttet materiale, bare kan skje med rettighetshavers samtykke».¹⁴⁹ Høyesterett uttalte også at selv om man anså utlegging av verk på Internett som et samtykke til linking, ville det skape avgrensingsproblemer som kan gi grunnlag for tvil og tvister. På dette grunnlag kom Høyesterett til at linkingene rammes av ulovlig medvirkning til opphavsrettskrenkelse. Høyesterett åpnet likevel for at det kan være linker som står i «særstilling i forhold til tilgjengelighetsbegrepet».¹⁵⁰

Det ble i dommen vist til Rt. 1995 s. 35 («Smartkort») om at det er oppstilt et krav til om at måten den aktuelle handling og tilgjengeliggjøringen skjer på, må gi allmennheten en *umiddelbar* tilgang til verket for at det skal anses som tilgjengeliggjøring. Det fremgår av juridisk teori at når Høyesterett ikke kommer med noen innvendinger mot kravet må det legges til grunn at Høyesterett gir den sin tilslutning.¹⁵¹ Det avgjørende for Høyesterett var som nevnt ikke hva slags linker det var tale om, men hvordan og måten tilgang gis på. Ole-Andreas Rognstad¹⁵² har som nevnt med henvisning til dette oppstilt et krav om at det må være en «nærhet mellom den handling som gir tilgang til verket og selve tilgangen». Annerledes formulert var spørsmålet i saken om linkingen var for fjern til å rammes av eneretten. Det var ikke bestridt at de som hadde opplastet beskyttede musikkverker hadde foretatt en fremføring som var tilgjengeliggjøring for allmennheten. Imidlertid var det anført at det var selve dyplinkingen som var av avgjørende betydning for bruk av Internett. Har ikke rettighetshaver tatt i betraktning denne bruken gjennom linkingen for opplastede verk, taler

¹⁴⁹ Napster.no-dommen avsnitt (56).

¹⁵⁰ Napster.no-dommen avsnitt (47).

¹⁵¹ Rognstad (2005) s. 347.

¹⁵² Rognstad (2005) s. 348.

det for at linking utgjør tilgjengeliggjøring for allmennheten i strid med rettighetshavers økonomiske interesser.

I Pitbullterje-kjennelsen fremgår det ikke at retten så bort fra Napster.no-dommen når det var tilgang til spillefilmen uavhengig av linken som ble lagt til på piratebay.org. Linking etter Høyesterettsdommen er ikke tilgjengeliggjøring i seg selv og er lovlig hvis man ikke medvirker til det ulovlig. Imidlertid kan det kanskje direkte eller indirekte sies at retten nå brukte den åpningen i Napster.no-dommen om at det i dette tilfellet kanskje kan sies at linken står i «særstilling i forhold til tilgjengelighetsbegrepet»¹⁵³ slik at det var fremføring. Det underliggende resonnement kan som nevnt tenkes å være at det at han syns det var «en kul greie» å gjøre spillefilmen tilgjengelig for allmennheten ved linking, var i strid med rettighetshavers økonomiske interesser og derfor ble ansett som en «*offentlig fremføring*».

Den svenske Högsta Domstolens dom i NJA 2000 s. 292 (heretter «Olsson») gjaldt i motsetning til Napster.no-dommen en straffesak mot en 17 år gammel gutt for utleggelse av linker av ulovlige MP3-filer på sin hjemmeside. Ved å klikke på disse linkene kunne de besøkende på hjemmesiden umiddelbart laste ned MP3-filene på sin egen datamaskin. MP3-filene fantes allerede på Internett. Straffeansvaret gjaldt overtredelse av URL § 46 (tilsvarende den norske åvl. § 45, jfr. § 54 litra b)). Spørsmålet relevant for denne avhandlingen var om linkene var å anse som en fremføring for offentligheten. Retten kom i motsetning til saken i Napster.no-dommen at linking på hjemmesiden av allerede utlagte MP3-filer på Internett var «*offentlig fremføring*».¹⁵⁴ Den tiltalte ble derimot frifunnet på grunn av unntaket fra eneretten i URL § 47. Ifølge de svenske forarbeidene¹⁵⁵ til gjennomføringen av

¹⁵³ Napster.no-dommen avsnitt (47).

¹⁵⁴ Rognstad (2009) s. 184 og 185.

¹⁵⁵ Ds 2003: 35 s. 99. Se Rognstad (2009) s. 185.

opphavsrettsdirektivet skal dyplinking anses som overføring til allmennheten etter den svenske opphovsrättslagen. Dette er bakgrunn for resultatet i den nevnte dommen.¹⁵⁶

Den danske dommen av Vestre Landsret i UfR 2001 s. 1572 (heretter «MP3») gjaldt straff- og erstatningsansvar mot to unge gutter for dyplinking til opphavsrettslig beskyttede MP3-filer. Spørsmålet som er relevant for avhandlingen er om dyplinkingen måtte anses som en fremføringshandling. Retten kom også til at dyplinking til ulovlig utlagte MP3-filer på Internett måtte anses som en selvstendig «*offentlig fremføring*» etter den danske opphavsrettsloven. De to guttene som hadde utlagt linkene ble ilagt erstatningsansvar og ble dømt for å ha offentlig fremført MP3-filene.¹⁵⁷ Denne dommen har begrenset rettskildemessig verdi fordi dommen er avsagt av underinstans.

Paperboydommen gjaldt en tvist om påstand mot brudd på opphavsretten mellom søketjenesten Paperboy og tidsskriftet DM og avisen Handelsblatt. Brukerne av søketjenesten kunne ved å søke på den få oversikt over nyhetstilbyderne på www. Oversikten over nyhetstilbyderne inneholdt dyplinking til kilden for den aktuelle artikkelen. Den tyske høyesterett kom til at dyplinker til avisartikler ikke var «*offentlig fremføring*» etter den tyske opphavsrettsloven. Begrunnelsen var at en fremføring ikke kunne omfatte det å legge ut linker til verk og dermed selv ha gitt andre tilgang til verket. Det var heller ikke en selvstendig tilgjengeliggjøring som kunne skape potensiale for mottak av avisartiklene.¹⁵⁸ Om verket skulle forbli i offentligheten, berodde på avgjørelsen til den som først hadde utlagt verket på Internett. Ifølge retten var linking som førte til tilgang til verket tilsvarende en henvisning i en fotnote i en bok, til en webside eller et skrift. I motsetning til den svenske og danske dommen gjaldt denne dommen linker til verk som var lovlig utlagte verk.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Rognstad (2009) s. 185.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Tande (2004) s. 138.

¹⁵⁹ Ibid.

Dommen har imidlertid som nevnt ikke den samme rettskildemessig verdi som de andre dommene som er behandlet.

Ole-Andreas Rognstad¹⁶⁰ har lagt til grunn at denne dommen i Napster.no-dommen i sin tilnærming er mer lik den tyske dommen enn den svenske og danske. Det hevdes at det er sterkest holdepunkter for at utlegging av linker «i sin alminnelighet *ikke* skal anses som omfattet av fremføringsretten etter norsk rett». Imidlertid kan det ikke trekkes en absolutt konklusjon ut fra dommen fordi den er konkret begrunnet og fordi Høyesterett fant et alternativt medvirkningsgrunnlag for å straffe for ulovlig linking til MP3-filene. Rettsutviklingen av spørsmålet om linking er å anse som «*offentlig fremføring*», må skje etter en tolkning av eneretten til overføring etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 siden tilrådighetsstillelse er en del av overføringsbegrepet i direktivet. Inntil EU-domstolen har avgjort spørsmålet, er rettstilstanden å anse som usikker.

Begrunnelsen bak åvl. §§ 42, 45 og 45b om at rettighetshaverne skal nyte de økonomiske frukter av sine prestasjoner og opptak på grunn av den arbeidsinnsatsen de har lagt ned, tilsier at linking i strid med rettighetshavers økonomiske interesser skal anses å være omfattet av eneretten. Linking i strid med eneretten utgjør en rådighetskrenkelse. Tidligere kunne det hevdes at det da var sterkere holdepunkter for å si at utlegging av linker var en så *ffern* handling at det ikke ga umiddelbar tilgang til opptak. Det gjorde at linking ikke kunne anses som tilgjengeliggjøring og dermed omfattet av eneretten. Pitbullterje-kjennelsen viser at retten åpner for en mer effektiv beskyttelse. Det kan spørres om andres verkstilgang gjennom linking ble av retten ansett som en fremføring på grunn av tiltaltes bevisste handling. I dommen fremgår det at den tiltalte syntes at det å gjøre spillefilmen tilgjengelig var «en kul greie». Det kan tale for at den bevisste handling har vært avgjørende i dommen for å legge til grunn at nærhetskravet var oppfylt. Det samme kan tenkes i de andre dommene hvor den aktuelle handlingen blir ansett som en fremføringshandling for offentligheten. Det er såle-

¹⁶⁰ Rognstad (2009) s. 185 og 186.

des i strid med rettighetshavernes økonomiske interesser å gjøre opptaket tilgjengelig gjennom linking.

4 Litteraturliste

BØKER

- Knoph (1936) Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo, 1936.
- Rognstad (2009) Ole-Andreas Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, Oslo, 2009.
- Schønning (2011) Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. utgave, København, 2011.
- Tande (2004) Knut Martin Tande, *Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*, Bergen, 2004.

HEFTE / DEL AV EN SERIE

Fredriksen, Halvard Haukeland *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Europautredningen. Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU, 2011. (Rapport # 3).

TIDSSKRIFTSARTIKLER

Axhamn, Johan. *EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. 2007 s. 148-156.

Herler, Brita Kristina. *Kommentarer till HD 2002:101 (Taximusik)*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. 2002 s. 161-168.

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. 2005 s. 344-370.

LOVREGISTER

Norsk lovgivning

- 1930 Åndsverkloven av 6. juni 1930 nr. 17.
- 1956 Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. (fondsavgiftloven) av 14. desember 1956 nr. 4.
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 2000 Lov om endringer i åndsverkloven og lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. av 23. juni 2000 nr. 52.
- 2005 Lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 17. juni 2005 nr. 97.

Utenlandsk lovgivning

- Upphovsrättslagen Lag (1960:729) om uopphovsrätt till litterära och konstnärliga verk [Sverige]

KONVENSJONER

- Bernkonvensjonen Bern Convention for the protection of literary and artistic works, 1886.
- Romakonvensjonen International Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, 26. oktober 1961.

WCT	World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, 21. og 21. desember 1996.
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty, 21. og 21. desember 1996.

EU-DIREKTIVER

Rdir 92/100/EØF	Rådskonklusjon 92/100/EØF af 19. november 1992 om utlejnings- og utlånsrettigheter samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheter i forbindelse med intellektuel eiendomsrett.
EP/Rdir 2001/29/EF	Europaparlaments- og rådskonklusjon direktiv 2001/29/EF af 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslægtede rettigheter i informasjonssamfundet.
EP/Rdir 2006/116/EF	Europaparlaments- og rådskonklusjon direktiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om verneperioden for opphavsrett og visse nærtstående rettigheter.
EP/Rdir 2011/77/EU	Europaparlaments- og rådskonklusjon direktiv 2011/77/EU den 12. september 2011 om endring av direktiv 2006/116/EF om verneperioden for opphavsrett og visse nærtstående rettigheter.

NORSK RETTSPRAKSIS

Norsk Retstidende

- Rt. 1953 s. 633 Bedriftsmusikk
- Rt. 1964 s. 782 Jukeboks
- Rt. 1979 s. 1172 Roys Place
- Rt. 1995 s. 35 Smartkort

Rt. 1997 s. 1954 Løten Kommune

Rt. 1997 s. 1965 Eidesund

Rt. 2002 s. 392 God Morgon

Rt. 2005 s. 45 Napster.no

Rt. 2010 s. 944

Rt. 2010 s. 1500 Edquist

Rt. 2012 s. 1062

Rettens Gang

RG 2005 s. 1542

RG. 2008 s. 193 Pitbullterje

Avgjørelser fra tingrett

TAHER-2012-73209 Gramo

DANSK RETTSPRAKSIS

UfR 1999 s. 2011 Ungdomsklubb

UfR 1999 s. 2057

UfR 2004 s. 2134 Gymnastikforeninger

UfR 2007 s. 1581 Søppelbil

Dansk underrettspraksis

Vestre Landsret i UfR 2001 s. 1572 MP3

SVENSK RETTSPRAKSIS

NJA 1980 s. 123 Mornington

NJA 2000 s. 292 Olsson

FINSK RETTSPRAKSIS

HD 2002:20 Bostadhotell

HD 2002:101 Taximusikk

TYSK RETTSPRAKSIS

ICC 2004 s. 1097 (eng.) Paperboy

EU/EF/EØS-DOMMER

Sak C-89/04 Mediakabel BV mod Commissariaat voor de Media Sml. 2005 s. I-4891.

Sak C-192/04 Lagardère Active Broadcast mot Société pour la rémunération équitable (SPRE) og Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) Sml. 2005 s. I-7199.

Sak C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hoteles SA Sml. 2006 s. I-11519.

Sak C-403/08 Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl.

Sak C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) mod Marco Del Corso.

NORSKE FORARBEIDER

Ot.prp.nr. 10 (1956)

Ot.prp.nr. 26 (1959-60)

Ot.prp.nr. 15 (1999-2000)

Ot.prp.nr.46 (2004-2005)

Innst. 1950

Innst.O.XI (1960-61)

SVENSKE FORARBEIDER

SOU 2003:35

Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv
2001/29/EG, m.m.

PERSONLIG MEDDELELSE

Ole-Andreas Rognstad. Epost. 11. april 2013.

Irina Eidsvold Tøien. Epost. 15. april-19.april 2013.